



**DECISION N° 118/19/ARMP/CRD/DEF DU 24 JUILLET 2019
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE CARREFOUR MEDICAL
CONTESTANT LA DECLARATION D'INFRUCTUOSITE DU LOT 89 « FILMS
NUMÉRIQUES » DE L'APPEL D'OFFRES INTERNATIONAL n° F_SAMPE_013/2018
LANCÉ PAR LA PHARMACIE NATIONALE D'APPROVISIONNEMENT**

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

VU la loi n°65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration modifié par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006 en ses articles 30 et 31 ;

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 le décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014 portant Code des Marchés publics ;

VU le décret n° 2017-527 du 11 avril 2017 portant nomination des membres du Conseil de Régulation (CR) de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP), modifié par le décret n° 2018-802 du 30 avril 2018 ;

VU la décision n° 0005/ARMP/CRMP du 20 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés Publics ;

VU la résolution n°09-12 du 13 décembre 2012 instituant le versement d'une consignation pour la saisine du Comité de Règlement des Différends ;

VU la résolution n°04/17 du 20 avril 2017 portant nomination des membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) de l'ARMP ;

VU le recours de Carrefour Médical du 25 juin 2019 ;

VU la quittance de consignation n°1000120190018000 du 25 juin 2019 ;

Madame Khadijetou Dia LY, Directrice des Ressources Humaines et de l'Administration générale, entendue en son rapport ;

En présence de monsieur Oumar SAKHO, Président ; Messieurs Alioune Badara FALL, Abdourahmane NDOYE et Ibrahima SAMBE, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De Monsieur Saër NIANG, Directeur général de l'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD, assisté de ses collaborateurs, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi et aux principes généraux de la régulation ;

Adopte la présente délibération ;

Par courrier reçu et enregistré au secrétariat du CRD le 25 juin 2019 sous le numéro 185, Carrefour Médical a saisi le Comité de Règlement des Différends pour contester la décision de la Pharmacie nationale d'Approvisionnement (PNA) de déclarer la procédure de passation du marché relatif au lot 089 « films numériques » infructueuse.

LES FAITS

La PNA a obtenu, dans le cadre de son budget de fonctionnement relatif à l'exercice 2018, des fonds afin de financer l'acquisition de consommables médico-pharmaceutiques. A cet effet, elle a fait publier dans les journaux « Jeune Afrique » et « Le Soleil » des 12 et 14 août 2018 un avis d'appel d'offres international portant sur le marché de clientèle n° F_SAMPE_013/2018 composé de 134 lots.

A l'ouverture des plis, le 9 octobre 2018, 43 entreprises ont déposé des offres. A l'issue de l'évaluation, la commission des marchés a proposé l'attribution provisoire des différents lots aux soumissionnaires qualifiées ayant présenté des offres évaluées conformes et moins-disant tout en déclarant 11 lots infructueux, parmi lesquels le lot 89 « films numériques ».

La Direction centrale des Marchés publics (DCMP), saisie pour avis sur le rapport d'analyse des offres et le procès-verbal d'attribution provisoire, n'a pas émis d'observations particulières sur la proposition de PNA de déclarer infructueux le lot 89 en référence à la lettre réponse n° 002496/MEPF/DCMP/98 du 23 mai 2019. Pour rappel, le lot 89 n'a enregistré que deux offres à l'ouverture des plis, celle de Carrefour Médical et celle d'Afrimed.

A la suite de la publication des attributions provisoires des différents lots dans le quotidien « Le Soleil » du 14 juin 2019, l'autorité contractante a transmis le même jour, par courrier, une notification d'attribution provisoire pour les lots 06,42 et 53 au profit de Carrefour Médical.

Ayant constaté la non attribution du lot 89, Carrefour Médical, a introduit, le 18 juin 2019, un recours gracieux auprès de l'autorité contractante pour s'enquérir des motifs du rejet de son offre sur ledit lot.

Non satisfaite de la réponse reçue le 20 juin 2019 de l'Autorité contractante, Carrefour Médical a saisi le CRD d'un recours contentieux le 25 juin 2019 pour contester la décision de l'autorité contractante de déclarer le lot précité infructueux.

Par lettres n° 001439/ARMP/DRHAGE et n°001440/ARMP/DRHAGE du 2 juillet 2019, l'ARMP a, respectivement, informé la DCMP du recours de Carrefour Médical et, requis de la PNA la transmission des pièces utiles à l'instruction du dossier ainsi que ses observations sur ledit recours.

Par courrier n°001908/MSAS/PNA/DIR/CPM reçu le 12 juillet 2019, au service courrier de l'ARMP, la PNA a transmis les pièces demandées.

LES MOYENS A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de son recours, Carrefour Médical soutient que le lot 89 « Films numériques » ne devait pas être déclaré infructueux. En effet, selon le requérant, la PNA, dans la

procédure concurrentielle, a pris le soin de manifester son intention d'acquérir *des films numériques de marque Fujifilm compatibles pour des appareils destinés de la même marque* (cf. page 17/26 du bordereau des spécifications techniques du dossier d'appel d'offres DAO).

La société Carrefour Médical fait remarquer qu'elle est la représentante exclusive de la marque Fujifilm au Sénégal et, à ce titre, elle a proposé des formats commercialisés par le fabricant des équipements. Elle informe que le format 14x14 mentionné par PNA dans le lot querellé n'est plus produit par le fabricant. C'est la raison pour laquelle, elle ne l'a pas proposé dans son offre.

Elle soutient par ailleurs que de l'avis de certains praticiens, dans les principaux services d'imagerie médicale, les formats 8x10, 11x14 sont les plus utilisés et accessoirement le format 14x17 qui satisfait aux besoins de l'item 14X14, tout en offrant plus d'avantages. Elle informe que le format 14x14 ne fait pas partie des produits les plus demandés et ne représente pas une part de marché importante, justifiant le choix du fabricant de ne plus le commercialiser.

La requérante ajoute que, pour rappel en 2014, dans le cadre de l'appel d'offres AOI PNA12/2013, elle avait été déclarée attributaire du lot 46 portant sur des films numériques sous différents formats incluant le 14X14. Elle informe cependant qu'à ce jour, la PNA, dans le cadre de l'exécution du marché susmentionné, n'a jamais émis un besoin sur l'article 14X14.

Elle soutient, par ailleurs, que le fabricant Fujifilm est l'unique entreprise à pouvoir produire des films compatibles avec les équipements Fuji. Elle déclare en conséquence que même si la procédure était relancée, seule son entreprise pourrait valablement soumissionner conformément à la réalité de la production du fabricant, (qui ne produit plus le format 14X14).

C'est pourquoi Carrefour Médical, sur la base des éléments ci-dessus présentés, demande au CRD d'ordonner la reprise de l'évaluation des offres et l'attribution du lot 89 à son profit puisqu'elle a soumis une offre conforme pour l'essentiel.

LES MOTIFS DONNES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

L'autorité contractante justifie le rejet de l'offre de Carrefour Médical sur le lot 89 « films numériques » pour non exhaustivité. Elle fait observer que le lot querellé, était composé de 6 articles et informe que le requérant n'a fait des propositions que sur les 5 articles. Elle fait observer qu'aucune offre n'a été faite par Carrefour Médical sur le 6^{ème} article qui correspond aux films numériques de dimension 14X14 dont les prévisions en termes de quantité sont fixées à 2 500 au niveau du bordereau des spécifications techniques du DAO.

PNA rappelle qu'au regard des textes réglementaires, dès la publication du DAO, Carrefour Médical avait toute latitude de contester des critères ou de faire des demandes d'éclaircissements dans les délais fixés à l'article 89 du CMP ou de formuler des demandes d'informations complémentaires en référence à l'IC 7.1 des données particulières du DAO.

L'autorité contractante estime qu'en l'absence de contestation ou demande d'information sur la composition du lot litigieux, incluant l'article portant sur le film numérique de format 14X14, celui-ci devient obligatoire pour tous les candidats désirant faire une offre.

La PNA rappelle que dans le cadre de ses marchés, elle bénéficie du support permanent de praticiens et les besoins sont établis en fonction des prévisions des structures sanitaires au niveau national. Elle souligne que le choix pour une société privée, en l'occurrence un fabricant, de ne plus commercialiser une gamme de produit ou un produit dans une gamme, pour des raisons mercantiles, ne saurait conditionner le contenu d'un dossier d'appel d'offres d'un établissement public de santé.

Relativement au marché AOI PNA 12 / 2013 signé entre PNA et le requérant, et pour lequel ce dernier a déclaré qu'aucune commande n'a été passé à ce jour sur l'item litigieux, l'autorité contractante précise qu'il s'agit d'un marché de clientèle. Elle soutient que pour un tel type de marché, il n'est fixé ni un minimum, ni un maximum contrairement aux marchés à commande. Elle poursuit son argumentaire en déclarant que dans l'accomplissement de sa mission, elle passe des commandes suivant les besoins exprimés par les structures sanitaires publiques.

Elle expose, sur un autre registre, que l'argument de la requérante selon lequel, elle serait seule, en cas de relance, à soumissionner semble aller à l'encontre de sa politique de mise en concurrence permanente afin de tirer les avantages des prix des médicaments et des biens de santé à des niveaux compétitifs, soutenables et accessibles financièrement pour les populations.

La PNA soutient, à cet égard, qu'aucun monopole ni qu'aucune position dominante ne peut être retenu comme argument valable dans le cadre de l'attribution d'un marché public sauf si la fourniture est innovante, exclusive par ses procédés et brevetés avec un impact thérapeutique réel sur le patient, ce qui n'est pas le cas en l'espèce pour les films numériques.

OBJET DU LITIGE

Il résulte de la saisine et des moyens qui la sous-tendent que le recours porte sur le bien-fondé de la décision de l'autorité contractante de déclarer infructueux le lot 89 portant sur les films numériques.

EXAMEN DU RECOURS

Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 7 du Code des Marchés publics, que les fournitures qui font l'objet d'un marché public sont définies par référence aux normes, agréments techniques ou spécifications nationaux ou communautaires, ou, à défaut, par référence à des normes, agréments techniques ou spécifications internationaux ;

Considérant que l'autorité contractante qui détient la prérogative de fixer les spécifications techniques en fonction de l'usage auquel les fournitures sont destinées, doit expressément les mentionner dans les cahiers des clauses techniques ;

Considérant qu'aux termes de l'article 8 du CMP, les travaux, fournitures ou services peuvent être répartis en lots donnant lieu chacun à un marché distinct, lorsque cette division est susceptible de présenter des avantages économiques, techniques ou financiers, y compris en vue de faciliter la candidature des petites et moyennes entreprises ;

Qu'en application des articles susmentionnés, la PNA, dans le cadre de la procédure de passation de l'appel d'offres international cité en objet, a alloué le marché en 134 lots distincts parmi lesquels le lot litigieux 89 « fourniture de films numériques » dont les spécifications techniques définies dans le DAO sont détaillées ainsi qu'il suit :

- film numérique 8 x10, soit 18 x 24 Fuji compatible pour les films conventionnels avec un conditionnement primaire souhaité sous forme de boîte de 100 film; quantité : 2500 ;
- film numérique 10 x12 compatible avec numériseur Fuji soit 24 x 30 pour les films conventionnels avec un conditionnement primaire souhaité sous forme de boîte de 100 film; quantité : 4000 ;
- film numérique 11 x14 compatible avec numériseur Fuji soit 30 x 40 pour les films conventionnels avec un conditionnement primaire souhaité sous forme de boîte de 100 film; quantité : 2500
- film numérique 14 x14 compatible avec numériseur Fuji soit 35 x 35 pour les films conventionnels avec un conditionnement primaire souhaité sous forme de boîte de 100 film; Quantité : 2500
- film numérique 14 x17 compatible avec numériseur Fuji soit 35 x 43 pour les films conventionnels avec un conditionnement primaire souhaité sous forme de boîte de 100 film ; Quantité : 4000;
- film numérique 8 x10 mammographie compatible avec numériseur Fuji soit 24 x 30 pour les films conventionnels avec un conditionnement primaire souhaité sous forme de boîte de 100 film; quantité : 1000 ;

Considérant qu'en sus de ces spécifications techniques, il est expressément requis dans le DAO, pour chacun des 6 articles constitutifs du lot 89, les éléments suivants :

- Catalogue
- Echantillon
- Dossier et fiche technique du produit
- Autorisation du fabricant.

Considérant que la PNA a rejeté l'offre de Carrefour Médical sur le lot querellé pour non exhaustivité ;

Qu'il ressort de l'examen de l'offre du requérant relativement au lot 89 que ce dernier a proposé des offres techniques conformes pour tous les articles du lot litigieux à l'exception de l'item 14 x14 pour lequel il a informé que le fabricant Fuji a arrêté la commercialisation ;

Que certes en proposant 5 articles sur les 6 requis, le soumissionnaire Carrefour Médical n'a pas satisfait à l'ensemble des besoins émis par l'autorité contractante pour ledit lot ;

Considérant cependant que la raison donnée pour justifier l'absence de l'item 14X14 dans son offre a été corroborée par un document produit par Carrefour Médical daté du 26 juin

2019 et signé par le « Sales and Marketing Manager » de Fujifilm Middle East FZE, attestant que l'item 14X14 n'est plus produit par FUJIFILM Corporation ;

Que par ailleurs, en sa qualité de représentant exclusif de la marque FUJI FILM au Sénégal, rien ne devait s'opposer en principe, si le produit était toujours commercialisé que Carrefour médical puisse le proposer dans son offre ;

Qu'il s'y ajoute que le soumissionnaire Carrefour Médical qui a proposé 5 des 6 articles demandés, a affirmé que les films numériques de dimension 14X17 peuvent être substitués à ceux de dimension 14x14 ;

Que certes, l'article IC 33.3 (a) stipule que « l'évaluation sera conduite par lot ; que les offres seront évaluées par lot et les contrats porteront sur les lots attribués » ;

Qu'il demeure, cependant, constant que les 6 articles du lot 89 ne sont pas interdépendants ;

Considérant par ailleurs, que seules deux entreprises (Carrefour Medical et Afrimed) ont soumissionné pour le lot querellé, en dépit du fait que ce soit un appel d'offres international ;

Que l'offre du second soumissionnaire a été rejetée par la PNA pour défaut de production de l'autorisation du fabricant, Afrimed ayant en effet produit en lieu et place de l'autorisation demandée, une attestation signée par un distributeur agréé de Fuji établi en Côte d'Ivoire ;

Que dans ces conditions, la décision de l'autorité contractante de déclarer le lot 89 infructueux alors que 5 des 6 articles proposés par un des soumissionnaires sont conformes aux exigences requises et que celui non proposé, en l'espèce le film numérique de dimension 14X14 pourrait être remplacé par celui de dimension 14X17, ne permet pas de garantir le principe d'efficacité ;

Qu'au regard de ce qui précède, il convient pour des raisons d'efficacité, d'ordonner à l'autorité contractante de reprendre l'évaluation du lot 89 tout en prenant le soin d'une part de vérifier l'authenticité auprès de leurs signataires, des documents et attestations présentes dans les offres des soumissionnaires et de toutes autres informations complémentaires nécessaires, et d'autre part de requérir de Carrefour Médical de fournir la preuve écrite détaillée des principales caractéristiques techniques et de performances des films de dimensions 14X17, démontrant qu'elles sont substantiellement équivalentes aux spécifications des films de dimension 14X14 ;

Que le recours ayant prospéré, il y a lieu d'ordonner la restitution de la consignation

PAR CES MOTIFS :

- 1) Constate que la PNA a demandé dans le bordereau des spécifications techniques « AOI PNA C/2018, sous la rubrique 89, objet du lot querellé, 6 articles correspondants à des films numériques répondant à des caractéristiques techniques précisées dont celui de dimension 14x14 ;

- 2) Constate que pour le lot 89, seules deux entreprises, ont soumissionné, en dépit du fait que ce soit un appel d'offres international ;
- 3) Constate que la PNA a déclaré les deux offres reçues au lot 2 non conformes en invoquant un défaut d'exhaustivité pour le soumissionnaire Carrefour Médical et un défaut de production de l'autorisation du fabricant pour le soumissionnaire Afrimed ;
- 4) Constate que pour le lot 89, Carrefour Médical a présenté une offre en proposant 5 articles sur les 6 demandés, justifiant l'absence de l'Item 14x14 par un arrêt de sa production décidé par le fabricant ;
- 5) Constate que l'arrêt de la production du film numérique de dimension 14X14 a été corroboré par une attestation signée du Sales and Marketing Manager de Middle East de la marque FUJI ;
- 6) Constate que Carrefour Médical a déclaré que les films de dimension 14X14 peuvent être remplacés par les films de dimension 14X17 ;
- 7) Dit que les 6 articles qui sont des films numériques de dimensions différentes ne sont pas interdépendants ;
- 8) Déclare, dans ces conditions, que la décision de l'autorité contractante de rejeter l'offre du requérant qui a présenté 5 des 6 produits demandés sans lui avoir donné l'opportunité de prouver l'équivalence des films numériques de dimension 14X14 aux films numériques de dimension 14X17, est contraire au principe d'efficacité, d'autant plus qu'il s'agit d'un appel d'offres international avec deux seules offres enregistrées au lot 89 dont la seconde a été déclarée non conforme ;
- 9) Ordonne, en conséquence, à l'autorité contractante de reprendre l'évaluation en :
 - o s'assurant de l'authenticité des documents produits par les soumissionnaires auprès des signataires desdits documents notamment celui relatif à l'arrêt de la commercialisation du film numérique de marque Fuji de dimension 14X14 ;
 - o exigeant de Carrefour Médical la preuve écrite détaillée des principales caractéristiques techniques et de performance des films de dimension 14X17, démontrant qu'elles sont substantiellement équivalentes aux spécifications des films de dimension 14X14 ;

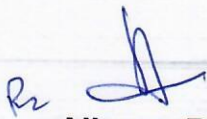
- 10) Déclare, en conséquence, le recours fondé et ordonne la restitution de la consignation ;
- 11) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics est chargé de notifier à Carrefour Médical, à la Pharmacie nationale d'Approvisionnement ainsi qu'à la Direction centrale des Marchés publics (DCMP), la présente décision qui sera publiée sur le site officiel des marchés publics.

Le Président



Oumar SAKHO

Les membres du CRD



Alioune Badara FALL



Ibrahima SAMBE



Abdourahmane NDOYE

**Le Directeur Général,
Rapporteur**



Saër NIANG

