

**DECISION N° 107/12/ARMP/CRD DU 19 SEPTEMBRE 2012
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE AFRIMED
CONTESTANT LA DECISION D'ATTRIBUTION DU LOT 2 (MAMMOGRAPHE) DU
MARCHE RELATIF A L'ACQUISITION D'EQUIPEMENT MEDICAL AU PROFIT DU
CENTRE HOSPITALIER NATIONAL UNIVERSITAIRE DE FANN
(AO N° 09-12/MSHP/CHNUF).**

**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° 2011-1048 du 27 juillet 2011 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) notamment en ses articles 20 et 21 ;

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

Vu le recours de la société AFRIMED 31 août 2012, reçu le même jour au Service du courrier, puis enregistré le 04 septembre 2012 sous le numéro 765/12 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

Après avoir entendu le rapport de M. Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, présentant les moyens et les conclusions des parties ;

En présence de Monsieur Abdoulaye SYLLA, Président, de MM Abd'El Kader N'DIAYE, Ndiacé DIOP et Mamadou DEME membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De M. Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD, MM. René Pascal DIOUF, Coordonnateur de la Cellule d'enquête sur les procédures de passation et d'exécution des marchés publics et délégations de service public, Ely Manel FALL, Chef de la Division Réglementation à la Direction de la réglementation et des affaires juridiques, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

Adopte la présente délibération fondée sur la régularité du recours :

Par lettre datée du 31 août 2012, reçue le même jour au Service du courrier, puis enregistrée le 04 septembre 2012 sous le numéro 765/12 03 avril 2012 au Secrétariat du CRD, la société AFRIMED a introduit un recours pour contester la décision d'attribution provisoire du lot 2 (Mammographe) du marché d'acquisition d'équipement médical pour le Centre Hospitalier national Universitaire (CHNU) de Fann.

LES FAITS

Le 15 juin 2012, le CHNU de Fann a lancé, dans le journal « Le Soleil », un appel d'offres en deux lots séparés ayant pour objet la fourniture d'équipement médical.

A la suite de l'évaluation, la commission des marchés a attribué le lot 2 (mammographe) à MHO, puis a notifié aux autres soumissionnaires le rejet de leurs offres.

La société AFRIMED a saisi le CRD d'un recours par lettre datée du 31 août 2012.

Par décision n°099/12/ARMP/CRD du 05 septembre 2012, le CRD a prononcé la suspension de la procédure de passation du marché susvisé.

SUR LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

Selon le requérant, l'attributaire provisoire du marché a soumis, lors de l'ouverture des plis, une offre d'un montant de 68 000 000 de F CFA qui est plus élevée que la sienne.

C'est pourquoi il a souhaité être édifié sur les raisons qui ont fondé le rejet de son offre et a demandé, au CRD, la remise en cause de l'attribution provisoire du marché.

SUR LES MOTIFS DONNES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

Il ressort du rapport d'évaluation des offres et recommandation d'attribution du marché qu'au moment de l'ouverture des plis, la commission des marchés a enregistré trois (3) offres sur le lot litigieux, répertoriées sur le tableau suivant :

Nom du soumissionnaire	Montant de l'offre en F CFA HT/HD
MHO	68 000 000
CARREFOUR MEDICAL	49 717 539
AFRIMED	(sans option) 35 334 000 (avec options) 47 625 000

Lors de l'évaluation, la commission des marchés a constaté qu'AFRIMED a présenté une offre avec des options et une offre sans options.

Ensuite, AFRIMED n'a pas fait de proposition pour les 08 cassettes et écran de format 18x24 (récepteurs spécifiques) et pour les huit (8) cassettes et écran de format 24X30, pourtant exigés dans le dossier d'appel d'offres.

Pour les autres éléments, notamment le filtre automatique interchangeable Rh/Mo (circulation motorisée), la bimétallique anode X-Ray tube, le matériau d'anode double et le bi angulaire anode X-Ray tube, ils sont proposés en option alors que dans le dossier d'appel d'offres, ils doivent faire partie intégrante du mammographe.

La commission des marchés a déclaré avoir évalué seulement l'offre sans option d'AFRIMED, en conformité avec les dispositions du dossier d'appel d'offres qui ne prévoit pas de variante.

L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, motifs et constatations faites par les parties que le litige porte sur les raisons avancées par la commission des marchés pour rejeter l'offre du requérant.

AU FOND

Considérant que suivant l'article 68 du Code des marchés publics, avant de procéder à l'analyse, à l'évaluation et à la comparaison des offres, la commission des marchés compétente procède à un examen préliminaire, afin de déterminer si les candidatures sont recevables en application de l'article 43 et sont accompagnées des pièces mentionnées à l'article 44, et rejette les offres non recevables.

La commission détermine ensuite si les offres sont conformes aux conditions et spécifications des cahiers des charges ;

Considérant que par exception au principe de bonne définition des besoins, énoncé à l'article 5 du Code des Marchés Publics, les variantes et options constituent une faculté à laquelle recourt l'autorité contractante lorsqu'elle n'est pas en mesure de définir l'exactitude de la nature de ses besoins ;

Qu'en effet, la variante consiste en une modification, à l'initiative du candidat, de certaines spécifications des prestations décrites dans le cahier des charges et permet au soumissionnaire de proposer, à l'autorité contractante, une offre alternative à travers une solution ou des moyens pour effectuer les prestations prévues, autres que ceux fixés dans le cahier des charges ;

Considérant toutefois que selon l'article 59.4 du Code des marchés publics, les variantes ne peuvent être prises en considération pour le classement des offres que si une telle faculté a été expressément mentionnée dans l'avis d'appel à la concurrence et le dossier d'appel à la concurrence. Seule la variante du soumissionnaire ayant proposé l'offre de base évaluée conforme et moins disante pourra être prise en considération ;

Considérant par ailleurs, même si cela n'est pas explicitement prévu par le Code des marchés publics, qu'il est également possible pour une autorité contractante de demander des options qui sont des prestations complémentaires précises qui doivent cependant être limitées de façon à ne pas fausser le jeu de la concurrence ;

Considérant qu'en accord avec l'article 5 du Code des marchés publics, l'autorité contractante a indiqué la nature et l'étendue de ses besoins en définissant les spécifications techniques de l'appareil, notamment la livraison d'un mammographe à haute fréquence du générateur de rayon X numérique comprenant, entres autres, la fourniture de huit (8) cassettes et écran de format 18X24 pour les récepteurs spécifiques

et huit (8) cassettes et écran de format 24X30, tout en faisant un choix délibéré de ne pas autoriser la soumission de variante, en référence à la clause 13.1 des Données particulières de l'Appel d'offres, encore moins de solliciter la présentation d'options par les soumissionnaires ;

Considérant qu'après examen de l'original de l'offre d'AFRIMED, le CRD a également constaté que le requérant n'a pas prévu dans son offre la fourniture des huit (8) cassettes de format 18X24 et des huit (8) autres cassettes de format 24X30, ce qui constitue un motif valable de non-conformité ;

Considérant qu'en outre, la clause 5.1 des DPAO prévoit la justification par chaque candidat, au titre des critères de qualification, de liquidités et/ ou facilités de crédits auprès d'un établissement financier agréé par le Ministère de l'Economie et des Finances d'un montant de 100 000 000 de FCFA ;

Qu'à travers la remise de ce document, l'autorité contractante cherche à se prémunir contre d'éventuels risques liés aux aspects financiers et donc garantir l'exécution correcte du marché à travers un accompagnement de l'attributaire par l'implication sans réserves d'une institution financière ;

Considérant que contrairement à MHO qui a présenté une attestation de ligne de crédit de la Société Générale de Banques au Sénégal du montant exigé, AFRIMED a fourni, en lieu et place dudit document, une attestation de capacité financière délivrée par le CREDIT INTERNATIONAL, mentionnant d'ailleurs qu'elle « ne comporte aucun engagement ni garantie » de la part de la banque émettrice ;

Considérant qu'à cet égard, cette divergence constitue un manquement substantiel devant entraîner le rejet de l'offre d'AFRIMED ;

PAR CES MOTIFS :

- 1) Constate que le CHNU de Fann n'a pas sollicité dans le cadre de l'appel d'offres, la présentation, par les soumissionnaires, de variantes en référence à la clause 13.1 des Données particulières de l'Appel d'offres et n'a pas fixé d'options pour le marché en question ;
- 2) Constate que le requérant n'a pas prévu dans son offre, la fourniture des huit (8) cassettes de format 18X24 et des huit (8) autres cassettes de format 24X30 ;
- 3) Constate qu'AFRIMED n'a pas rempli le critère lié à la production d'une attestation de liquidités et/ ou facilités de crédits d'un montant de 100 000 000 de FCFA, exigé à la clause 5.1 des DPAO ;
- 4) Dit que l'offre d'AFRIMED n'est pas conforme ;
- 5) Confirme la décision d'attribution provisoire du marché litigieux ;

- 6) Ordonne la continuation de la procédure de passation ;
- 7) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la société AFRIMED, au Centre Hospitalier National de Fann et à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA

Les membres du CRD

Abd'El Kader NDIAYE

Mamadou DEME

Ndiacé DIOP

**Le Directeur Général
Rapporteur**

Saër Niang