

**DECISION N° 011/2020/ARMP/CRD/DEF DU 08 JANVIER 2020
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE CERTEC RELATIF A LA PROCEDURE
DE PASSATION DU MARCHÉ PORTANT SUR LA FOURNITURE D'EQUIPEMENTS
D'IMAGERIE MEDICALE LANCE PAR LE CENTRE HOSPITALIER NATIONAL
UNIVERSITAIRE DE FANN**

**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, notamment en son article 30 ;

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 (CRD) de l'ARMP ;

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 du Consortium d'Etudes et de Réalisations Techniques (CERTEC) du 25 novembre 2019 ;

VU la quittance de consignation n°100012019003528 du 25 novembre 2019 ;

Après avoir entendu le rapport de Madame Henriette DIOP TALL ;

En présence de monsieur Oumar Sakho, Président ; messieurs Alioune Badara FALL 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 par ses collaborateurs, observateurs ;

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

Adopte la présente décision :

Par lettre du 25 Novembre 2019 reçue au service courrier de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) et enregistrée au secrétariat du CRD, le même jour, sous le numéro 301/CRD, le Consortium d'Etudes et de Réalisations Techniques (CERTEC) a saisi le Comité de Règlement des Différends (CRD) de l'ARMP pour contester les spécifications techniques du marché relatif à la fourniture d'équipements d'imagerie médicale, lancé par le Centre Hospitalier National Universitaire de FANN, et portant le numéro AOO n°F07-19/MSAS/CHNUF.

SUR LES FAITS ET LA PROCEDURE

Le Centre Hospitalier National Universitaire de FANN (CHNUF), dans le cadre de l'exécution de son budget, a publié un avis d'appel d'offres pour un marché relatif à l'acquisition de dispositifs médicaux d'imagerie (IRM, table os poumons, deux échodoppler haut gamme, systèmes pacs, scanner 16 coupes et une table télécommandée) alloti en cinq lots.

CERTEC, dès qu'il a pris connaissance du dossier d'appel d'offres a, dans un premier temps, initié un recours gracieux pour contester les spécifications techniques y afférentes puis le CRD à l'expiration du délai de réponse de l'autorité contractante.

Par décision n° 084/19/ARMP/CRD/SUS du 29 novembre 2019, le CRD a jugé le recours recevable, ordonné la suspension de la procédure de passation du marché précité et saisi l'autorité contractante pour recueillir sa version des faits assortie de la transmission des documents nécessaires à l'instruction du litige.

Par courriers datés du 13 décembre 2019, le Centre Hospitalier a déposé au service courrier de l'ARMP les pièces demandées ainsi que ses observations sur le recours.

SUR LES MOYENS DU REQUERANT

A l'appui de son recours, CERTEC soutient avoir été informé, de manière fortuite, de la publication, dans un journal de faible diffusion (journal enquête du 29/10/2019), du lancement de ce marché, qui ne figure pas sur le portail des marchés publics et dont la majorité des fournisseurs de la place n'a pas eu connaissance.

Après avoir acheté et consulté le dossier en date du 11 /11/2019, il dit avoir constaté que les caractéristiques techniques de l'IRM 1,5 et du scanner 16 barrettes 32 coupes présentaient des spécifications techniques orientées vers la marque chinoise « United Imaging », ce qui est de nature à exclure les principaux fabricants mondiaux de cet appel d'offre.

Le requérant, qui soutient avoir interpellé, par lettre référencée 8102/AN/rd du 15 novembre 2019, l'autorité contractante, sans réponse, excipe d'un défaut de publicité suffisante en invoquant les dispositions de l'article 56 alinéa 3 du Code des Marchés publics (CMP) qui dispose que les avis généraux de passation des marchés et les avis d'appel public à la concurrence sont publiés sur le portail officiel des marchés publics et, au moins, dans un journal quotidien de grande diffusion. Il précise que le marché litigieux n'a pas été diffusé dans « le soleil » qui est un journal de très grande diffusion et dans lequel l'avis général a été publié mais le Centre Hospitalier National Universitaire de Fann l'a fait figurer dans « l'Enquête » qui est un journal de faible diffusion, ce qui montre bien que l'autorité a voulu dissimuler, à la concurrence, cette procédure.

Par ailleurs, en ce qui concerne les spécifications techniques du lot n°1 relatif à l'IRM 1,5T et au scanner 16 B 32 coupes, le requérant rappelle l'article 7.c paragraphe 2 du CMP qui interdit les spécifications qui ont pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises.

S'agissant de l'IRM 1,5T, une seule machine de marque United Imaging Umr560 (marque chinoise) correspond aux caractéristiques techniques en proposant un tunnel du gantry de 60 cm combiné à une table de poids maximal de 250 Kg. Le poids excessif, qui ne correspond pas au diamètre trop étroit du gantry (pour une personne de ce poids), disqualifie tous les autres fabricants, sans compter toutes les autres caractéristiques qui démontrent que c'est la seule machine qui peut être conforme à cet appel d'offre.

CERTEC ajoute en ce qui concerne le scanner 16 barrettes 32 coupes, certaines valeurs comme la vitesse de rotation, l'épaisseur de coupes, qui y sont indiquées, ne se retrouvent que sur les appareils de 32 à 64 barrettes de la marque chinoise susvisée.

Le requérant, qui précise qu'il est le principal fournisseur au Sénégal de ce type d'équipement, a annexé, à l'appui de son recours, un tableau comparatif entre les spécifications demandées dans l'appel d'offre et celles de la brochure uMR 560 de United Imaging ainsi que toute la documentation technique y afférente.

SUR LES MOTIFS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

CHNUF soutient avoir été saisi par le requérant d'un recours gracieux sur les spécifications techniques de l'IRM et du scanner par lettre du 15 Novembre 2019, réceptionnée le 18 Novembre 2019. Il rappelle que ses services ont procédé à la publication de l'avis d'appel à la concurrence dans l'édition du journal « Enquête » du 29 Octobre 2019 qui est un journal de grande diffusion conformément aux dispositions de l'article 56.3 du Code des Marchés publics. Ce n'est que le 18 Novembre 2019 c'est-à-dire 13 jours après publication que le requérant l'a saisi d'un recours gracieux, pratique qui va à l'encontre des dispositions de l'article 89.3 du code précité qui prévoit un délai de recours gracieux de cinq (5) jours francs et ouvrés à compter de la date de publication de l'avis d'appel d'offres. Ainsi, il n'a été jugé utile de répondre à cette lettre puisque les délais de recours étaient largement dépassés.

Pour rappel, la plupart des candidats ont acquis le dossier d'appel d'offres entre le 29 et le 31 Octobre 2019, soit dans les deux (02) premiers jours suivant la date de publication, ce qui prouve à suffisance que la concurrence n'a pas été dissimulée. En outre, le dossier d'appel d'offres, qui a fait l'objet d'un avis de non objection de la Direction Centrale des Marchés Publics (DCMP) quant à la poursuite de la procédure, a été confectionné en tenant compte de toutes les dispositions réglementaires nécessaires à l'acquisition d'équipements d'imagerie médicale représentant le meilleur rapport qualité/prix et de délais de livraison.

L'autorité contractante précise que pour l'IRM, son choix a porté sur un tunnel d'une largeur supérieure ou égale à 60 cm et inférieure à 70 cm et non de 60 cm pour deux raisons relatives :

- à l'homogénéité du champ magnétique : le tunnel de 60 cm permettant d'avoir une excellente homogénéité de champ magnétique, en effet, plus la largeur du tunnel est grande, plus la qualité de l'homogénéité est affectée, ce qui a un impact directe sur la qualité de l'image ;

- au coût : même si le marché s'oriente vers les modèles « Widebore » 70cm, l'acquisition d'une IRM de 70 cm de tunnel en lieu et place d'une de 60 cm s'accompagne d'une augmentation, non négligeable, des coûts d'acquisition en ce qu'il faudra déboursier plus de 100.000 euros, soit plus de 65.000.000 F CFA.

CHNUF ajoute qu'en l'état actuel, tous les grands fournisseurs ont une variété d'IRM qui se déclinent notamment comme suit :

- des IRM 1,5 avec tunnel de 60 cm ;
- des IRM 3 TESLAS avec tunnel de 60 cm ;
- le magnetom Spectra de SIEMENS représenté par CERTREC SA, qui est une IRM de 3 Teslas avec un tunnel de 60 cm ;
- le Magnetom Spectra de SIEMENS, représenté par CERTEC, qui est une IRM de 7 Teslas avec un tunnel de 60 cm ;
- une IRM 1,5T pour l'instant proposé uniquement en 60 cm par NEUSEUF sur le marché français sans compter GENERAL ELECTRIC qui justifie sa gamme de machines 60 cm au coût ajusté pour s'adresser aux marchés émergents, aux privés et aux GIE en tant qu'IRM spécialisée ostéo-articulaire. Certains proposent même des plateformes, 1,5T d'ouverture intermédiaire comprise entre 60 et 70 cm (exemple Toshiba avec un tunnel de 63 cm etc.).

L'autorité contractante rappelle le cas de Siemens qui, en 2017, persistait dans sa stratégie d'offrir une gamme complète dans ce domaine en misant sur les machines à tunnel 60 cm plus compétitives, d'une part, et qui garantissaient une excellente homogénéité de champ, d'autre part, tout en menant conjointement des efforts de développement de machines 70 cm en plein essor ces dernières années. Elle précise qu'aucune marque n'est favorisée et toutes les spécifications, non figées, se trouvent dans les plages bien définies matérialisées par des signes comparatifs.

Par ailleurs, une table pouvant supporter un poids de 250 kg est plus résistante (utilisable par tout patient y compris les patients étrangers et obèses) avec une durée de vie plus longue (plus de 10 années), critères très importants dans un pays en développement. Certains fournisseurs comme GENERAL ELECTRIC l'ont compris en proposant des modalités de tables supportant des poids de 300 kg.

En ce qui concerne le SCANNER, le CHNUF estime que dès lors que la vitesse de rotation de l'épaisseur de coupe demandée se retrouve aussi bien dans les scanners de 32 que ceux de 64 barrettes, le requérant pouvait bien répondre aux spécifications demandées tout en étant conforme dans la mesure où dans le dossier d'appel d'offre il est bel et bien indiqué 16 barrettes 32 coupes au minimum. Il lui était également loisible de proposer un scanner dont le nombre de barrettes serait supérieur ou égale à 32 pour être conforme. Par ailleurs, la vitesse de rotation de 0,5 s/ rotation se justifie par son intérêt fort relatif à :

- une bonne prise en charge rapide des patients en cas d'urgence ;
- la réduction de dose sachant que le scanner est l'équipement le plus irradiant et enfin ;
- pour les patients lourds à qui on demande, pour un certain examen, de retenir leur respiration etc.

Siemens, représenté par le requérant, n'ignore pas l'importance d'une vitesse de rotation rapide car, afin d'anticiper sur un dépistage systématique du cancer du poumon en 2015 aux Etats Unis, elle a fait valider deux de ses scanners par la FDA (510k) en tant que scanner de dépistage.

L'autorité contractante ajoute que les caractéristiques recherchées sont la capacité à réaliser une imagerie pulmonaire de qualité à faible dose (70kV) pour permettre la différenciation tissulaire et d'avoir une activité importante (1 patient toutes les 10 minutes).

Elle précise que l'objectif visé par une épaisseur de coupe inférieure ou égale à 0,55 mm est d'avoir des coupes fines permettant de déceler, très tôt, certaines pathologies (comme les petites nodules etc...) qui pourraient avoir des conséquences néfastes si elles ne sont pas diagnostiquées à temps.

En outre, les spécifications techniques ont été choisies dans l'optique de favoriser une saine concurrence entre les entreprises, mises au même pied d'égalité, pour l'acquisition d'un équipement conforme permettant d'atteindre l'objectif médical conformément au Code des Marchés publics.

Le CHNUF rappelle que le requérant a fait état des points suivants relatifs à l'IRMP à la largeur du tunnel, à la charge maximale que devra pouvoir supporter la table, à la puissance de sortie de l'amplificateur RF et au nombre de détecteurs des antennes RF. En réponse, il a été modifié :

- la plage de variation de la largeur du tunnel qui était de 60 cm à 70 cm en mettant une largeur de tunnel supérieure ou égale à 70 cm ;
- la charge maximale de la table qui devrait être supérieure ou égale à 250 kg par une charge qui doit être supérieure ou égale à 200kg ;
- la puissance de sortie de l'amplificateur RF qui devrait être supérieure ou égale à 18 KW à une puissance de sortie qui doit être supérieure ou égale à 15 KW même s'il est connu que la puissance de crête maximale de l'impulsion RF délivrée à l'antenne est supérieure ou égale à 20 KW ;
- le nombre de détecteurs des antennes RF qui est ramené à une valeur supérieure ou égale à 16 au lieu de 24.

Pour le scanner, il a été augmenté la plage de variation de l'épaisseur de coupe minimale qui doit être désormais inférieure ou égale à 0,625 mm au lieu de 0,55 mm malgré le fait que cela pourrait, d'une part, avoir un impact sur la qualité de prise en charge des patients et, d'autre part, modifier l'objectif initialement visé qui consistait à avoir des coupes fines permettant de déceler très tôt certaines pathologies.

OBJET DU LITIGE

Il résulte de la saisine et des faits qui la sous-tendent que le litige porte sur le caractère orienté ou non des spécifications techniques relatives à l'IRM et au scanner.

EXAMEN DE LA DEMANDE

Sur la recevabilité du recours

Considérant que la recevabilité du recours contentieux devant le CRD a déjà été tranchée par la décision n° 084/19/ARMP/CRD/SUS du 29 novembre 2019 ;

Que par conséquent, il n'y a pas lieu de statuer à nouveau sur les arguments de l'autorité contractante y afférents ;

Sur la publicité

Considérant que l'article 56 alinéa 3 du Code des Marchés Publics (CMP) dispose que les avis généraux de passation des marchés et les avis d'appel public à la concurrence sont publiés sur le portail officiel des marchés publics et, au moins, dans un journal quotidien de grande diffusion ;

Considérant qu'il ressort de l'instruction du litige que le marché, dont s'agit, fait l'objet d'une inscription au plan de passation des marchés de l'autorité contractante sous la référence F_STM_045 ;

Que l'avis général de passation des marchés du CHNUF, exercice 2019, publié sur le portail, fait état de l'acquisition, par ce dernier, de matériels et équipements biomédicaux qui, au sens large, peuvent se définir comme tout appareil d'aide au diagnostic utilisé dans les structures de santé ; que tel est le cas en l'espèce, l'objet du marché étant relatif à la fourniture d'équipements d'imagerie médicale ;

Que l'argumentaire de CERTEC sur le défaut de publication du marché susvisé dans l'avis général de passation des marchés du CHNUF n'est pas fondé ;

Considérant que par contre, il ne ressort pas des avis d'appel à concurrence publiés sur le portail une quelconque référence dudit marché ;

Que les dispositions de l'article 56 alinéa 3 du Code des Marchés Publics (CMP) ont été partiellement respectées par l'autorité contractante ;

Considérant que ce manquement est insuffisant, faute d'autre élément probant, pour entraîner l'annulation de la procédure pour défaut de transparence, étant précisé par ailleurs, que l'article 56 alinéa 3 susvisé se limite à faire état d'un journal de grande diffusion sans indiquer de critères ou quota de publication à respecter à cet effet ;

Qu'il y'a lieu de rejeter le moyen du requérant sur ce point ;

Sur le caractère orienté des spécifications techniques

Considérant, en outre, qu'il ressort de l'article 7.c paragraphe 2 du CMP que la référence aux spécifications techniques mentionnant des produits d'une fabrication ou d'une provenance déterminée ou des procédés particuliers et qui ont pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises est interdite, à moins que de telles spécifications ne soient justifiées par l'objet du marché,

Qu'il est interdit à l'autorité contractante de procéder à l'indication d'une marque, de brevet ou de types, de numéros de catalogue ou celle d'une origine ou d'une production déterminée sauf mention « ou équivalent » lorsqu'elle n'a pas la possibilité de donner une description de l'objet du marché, au moyen de spécifications suffisamment précises et intelligentes pour tous les intéressés ;

Considérant que, même s'il est vrai qu'au sens de cette disposition, il incombe à l'autorité contractante de définir les spécifications techniques, compte tenu de ses besoins, il n'en demeure pas moins vrai que celles-ci ne doivent pas être orientées vers une marque sauf indication de la mention « ou équivalent » ;

Considérant que l'autorité contractante a demandé dans l'appel d'offres précité (CF première mouture) s'agissant de l'IRM, les spécifications techniques minimales qui se déclinent comme suit :

- Gantry : Largeur du tunnel ≥ 60 cm et inférieur < 70 cm ;
- une table devant supporter les patients avec une charge pouvant supporter un poids supérieur ou égal à 250kg ;

Considérant que les caractéristiques techniques minimales susvisées pour l'IRM (par rapport aux points susvisés et au système RF) correspondent, pour l'essentiel, aux valeurs minimales de Umr560 commercialisé par United Imaging, ce qui est interdit par la réglementation ;

Considérant qu'en outre, les dimensions de la largeur du tunnel de l'IRM (gantry) susvisées sont de nature à restreindre la concurrence en ce qu'elles excluent les principaux fabricants d'IRM (SIEMENS, Générale Electrique, Philips, Hitachi et Toshiba) ;

Que tel est également le cas, en ce qui concerne la table devant supporter des patients de poids supérieur ou égal à 250kg de nature à écarter les fabricants qui proposent des tables pour patients de poids inférieur ou égal à 200 kg ;

Considérant, cependant, qu'il ressort des arguments développés par l'autorité contractante dans le cadre du recours contentieux, qu'elle a, en cours de procédure malgré la décision de suspension, modifié certains critères du DAO par rapport à l'IRM et au scanner avec des spécifications techniques fixées comme suit pour l'IRM :

- gantry : largeur du tunnel ≥ 70 cm ;
- une table devant supporter les patients pour une charge supérieure ou égale à 200kg ;

Considérant que ces modifications participent à ouvrir davantage la concurrence, étant précisé que pour le bouton de commande du statif (Gantry) constitués de touche en céramique, l'autorité contractante devra mettre la mention ou équivalent ;

Considérant qu'en ce qui concerne le scanner, certaines valeurs contenues dans le premier DAO comme la vitesse de rotation, l'épaisseur de coupes, qui y sont indiquées, se retrouvent sur les appareils de 32 à 64 barrettes de la marque chinoise susvisée, il n'en demeure pas moins vrai que ces caractéristiques correspondent aux standards des principales marques connues pour cette gamme de scanner, la seule réserve est que ce scanner n'étant pas destiné à l'exploration cardiaque, il est étonnant qu'un logiciel d'analyse des artères coronaires soit demandé dans le CCTP du DAO ;

Considérant que, par ailleurs, il y a lieu de relever qu'avec les modifications opérées par l'autorité contractante, sur le scanner, relatives à l'augmentation de la plage de variation de l'épaisseur de coupe minimale qui doit être désormais inférieure ou égale à 0,625 mm au lieu de 0,55 mm, les grandes marques précitées peuvent participer à cette procédure concurrentielle ;

Considérant qu'en outre, compte tenu des modifications opérées, après la saisine de l'ARMP, il y a lieu pour l'autorité contractante de soumettre à nouveau le DAO modifié à la revue de la Direction centrale des Marchés publics avant lancement de la procédure ;

Considérant qu'en définitive, le recours de CERTEC est fondé au regard de ce qui précède ;

Qu'il y a lieu d'ordonner la restitution de la consignation ;

PAR CES MOTIFS :

- 1) Dit que la recevabilité du recours contentieux devant le CRD a déjà été tranchée par la décision n° 084/19/ARMP/CRD/SUS du 29 novembre 2019 ;
- 2) Constate que l'avis général de passation des marchés du CHNUF, exercice 2019, publié sur le portail, fait état de l'acquisition, par ce dernier, de matériels et équipements biomédicaux ;
- 3) Constate qu'il ne ressort pas des avis d'appel à concurrence publiés sur le portail une quelconque référence du marché, objet du recours ;
- 4) Dit cependant que ce manquement est insuffisant, faute d'autres éléments probants, pour entraîner l'annulation de la procédure pour défaut de transparence, étant précisé par ailleurs, que l'article 56 alinéa 3 susvisé se limite à faire état d'un journal de grande diffusion sans indiquer de critères ou de quota de publication à respecter à cet effet ;
- 5) Constate que l'autorité contractante a demandé dans le dossier d'appel à concurrence initial, s'agissant de l'IRM, des spécifications techniques minimales de nature à restreindre la concurrence en ce qu'elles excluent les principaux fabricants ;
- 6) Dit que l'autorité contractante, a, en cours de procédure, modifié ces spécifications techniques qui ouvrent davantage la concurrence, étant précisé que pour le bouton de commande du statif (Gantry) constitué de touche en céramique, l'autorité contractante devra mettre la mention ou équivalent ;
- 7) Dit, en ce qui concerne le scanner, même s'il est vrai, que certaines valeurs comme la vitesse de rotation et l'épaisseur de coupes, qui y sont indiquées, se retrouvent sur les appareils de 32 à 64 barrettes de la marque chinoise United Imaging, ces caractéristiques correspondent aux standards des principales marques connues ;
- 8) Dit qu'avec les modifications apportées par l'autorité contractante, dans le nouveau DAO relatives à l'augmentation de la plage de variation de l'épaisseur de coupe minimale, les grandes marques précitées peuvent participer à cette procédure concurrentielle ;

- 9) Dit, compte tenu des modifications opérées, il y a lieu, pour l'autorité contractante de soumettre à nouveau le DAO modifié à la revue de la Direction centrale des Marchés publics avant lancement de la procédure ;
- 10) Dit qu'en définitive, le recours de CERTEC est fondé et ordonne, en conséquence, la restitution de la consignation ;
- 11) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier au CERTEC, au Centre Hospitalier National Universitaire de FANN, ainsi qu'à la Direction centrale des Marchés publics la présente décision qui sera publiée sur le site officiel des marchés publics.

Le Président

Oumar SAKHO

Les membres du CRD



Ibrahima SAMBE



Alioune Badara FALL

**Le Directeur Général
Rapporteur**


Saër NIANG
