

**DECISION N° 099/09/ARMP/CRD DU 25 NOVEMBRE 2009
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN COMMISSION LITIGES SUR LA DENONCIATION RELATIVE AU REPORT DE
L'OUVERTURE DES PLIS A UNE DATE ULTERIEURE ET L'ATTRIBUTION
PROVISOIRE SANS PUBLICITE ADEQUATE DE LA NOUVELLE DATE
D'OUVERTURE DES OFFRES RELATIVES AU MARCHÉ DE FOURNITURE EN
UN LOT UNIQUE D'UN SCANOGRAPHE CORPS ENTIER SIX BARETTES
COMMANDE PAR LE MINISTRE DE LA SANTE ET DE LA PREVENTION**

**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 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu la lettre de PROGECO en date du 26 octobre 2009 ;

Après avoir entendu le rapport de Monsieur Oumar SARR, présentant les faits, moyens et conclusions des parties ;

En présence de Monsieur Mansour DIOP, Président, et de MM. Abd'El Kader NDIAYE, Birahime SECK et Mamadou DEME, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De MM Youssouf SAKHO, Directeur général, 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 du 26 octobre 2009, enregistrée le même jour sous le numéro 649/09 au Secrétariat du CRD, PROGECO a dénoncé auprès du CRD, les irrégularités entachant le report de la date de l'ouverture des plis et l'attribution du marché.

SUR LA RECEVABILTE DU RECOURS

Par lettre en date du 26 octobre 2009, PROGECO a saisi le CRD d'une dénonciation.

Saisi pour compétence, le Président du CRD a soumis à ladite instance les faits dénoncés.

Considérant qu'aux termes de l'article 20 du Décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, le CRD peut recevoir des dénonciations d'irrégularités constatées par les parties intéressées ou celles connues de toute autre personne avant, pendant et après la passation ou l'exécution des marchés publics et délégations de service public ; que si ces faits caractérisent des violations de la réglementation relative à la passation des marchés publics, le Président du Comité saisi, soit la Commission Litiges, soit la Formation disciplinaire, selon le cas ;

Qu'aux termes des dispositions combinées des articles 87 du décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics et du décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, les décisions du CRD ont pour effet soit de corriger la violation alléguée, soit d'empêcher que d'autres dommages soient causés aux intérêts concernés ; qu'à cet égard, l'article 21 du décret n°2007-546 sus visé dispose que la Commission Litiges peut ordonner toute mesure conservatoire, corrective ou suspensive jusqu'au prononcé de la décision de la Commission ;

Que la Commission a déclaré recevable la saisine du Président du CRD et a ordonné la suspension de la procédure de passation du marché litigieux par décision n°086/09/ARMP/CRD du 30 octobre 2009 ;

LES FAITS

Suivant avis en date du 09 septembre 2009 publié dans le quotidien « Le soleil », le Ministère de la Santé et de la Prévention a lancé un appel d'offres pour la fourniture en un lot unique d'un Scanographe corps entier à 6 barrettes. Il est précisé dans le même avis que la date limite de dépôt des offres est fixée au mardi 13 octobre 2009, à 10 heures.

Par avis rectificatif en date du 14 octobre 2009, publié dans le quotidien « Le Soleil », l'autorité contractante a informé les candidats du report de l'ouverture des offres à une date ultérieure.

Le 21 octobre 2009, suivant avis inséré dans le quotidien « Le Soleil », la date de dépôt et d'ouverture des offres a été fixée au 22 octobre 2009.

Le 26 octobre 2009, la société PROGECO a saisi l'ARMP et a dénoncé cette manière de faire qui selon elle, a porté entrave à la concurrence.

ELEMENTS ARTICULES A L'APPUI DE LA DENONCIATION

Le requérant expose avoir retiré le dossier d'appel d'offres et manifesté son intention de présenter une offre ; que le report sine die de l'ouverture des plis après l'expiration du délai initialement indiqué, puis l'annonce par avis le 21 octobre 2009 de la nouvelle date d'ouverture des offres fixée au 22 octobre, c'est-à-dire, à 24

heures de décalage, sont autant d'actes de nature à porter atteinte aux principes de transparence et d'équité ; ;

Par ailleurs, il soutient que le dossier technique présente des avantages certains en faveur d'une marque précise.

ELEMENTS FOURNIS PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

Par lettre n°1410/MSP/DAGE/DPSAO du 10 novembre 2009, l'autorité contractante a fait parvenir au CRD, sans commentaire, le dossier d'appel d'offres, complété des insertions des différents avis de report et de rectification.

OBJET DU LITIGE

Il ressort des faits et moyens présentés par les parties que le différend porte sur :

- l'insuffisance du délai accordé aux candidats pour adapter leurs offres, suite au report de la date de dépôt et d'ouverture des offres ;
- le caractère discriminatoire des spécifications techniques liées à l'exigence de fourniture d'un scanographe à six barrettes.

AU FOND

1) Sur l'insuffisance du délai accordé aux candidats pour adapter les offres :

Considérant qu'aux termes des articles 63 et 67 du Code des Marchés publics, en fixant les délais de réception des offres, l'autorité contractante doit tenir compte, en particulier, de la complexité du marché et du temps nécessaire pour préparer les offres, sans préjudice des délais minimaux qui sont de trente jours pour les appels d'offres nationaux et de quarante cinq jours pour les appels d'offres internationaux ; qu'à l'expiration des dates et heure limite de dépôt des offres, la Commission des marchés procède à l'ouverture des plis ;

Considérant cependant que l'autorité contractante peut apporter des modifications aux règlements de la consultation, mais à la condition qu'elle assure l'égalité entre les candidats par une publicité appropriée et que ceux-ci disposent d'un délai suffisant pour adapter leurs offres ;

Considérant que l'appel d'offres litigieux avait été lancé le 09 septembre 2009, le dépôt et l'ouverture des offres fixées au mardi 13 octobre 2009, à 10 heures ;

Que le 14 octobre 2009, soit le lendemain de l'expiration du délai fixé pour le dépôt des offres, l'autorité contractante a fait publier un avis de report de la date de dépôt et d'ouverture des offres sans en préciser le jour et l'heure ;

Que le 21 octobre 2009, elle a fait publier un avis fixant la date limite de dépôt des offres et l'ouverture des plis au 22 octobre, soit le lendemain de la publication dudit avis ;

Considérant qu'en agissant de la sorte, l'autorité contractante n'a ni respecté le délai fixé pour l'ouverture des plis, ni mis les candidats dans les conditions d'une réelle concurrence par une publicité suffisante ; qu'en effet, le délai accordé aux candidats, soit moins de vingt quatre heures, ne leur permettait pas d'adapter les éléments composants leurs offres, en particulier, la garantie de soumission ; que la publicité organisée et le délai très court accordé aux candidats étaient de nature à entraver la concurrence ; que cette entrave constitue une violation des dispositions de l'article 24 du Code des Obligations de l'Administration ;

2) Sur le caractère discriminatoire des spécifications techniques liées à l'exigence de fourniture d'un scanographe à six barrettes.

Considérant que pour définir les caractéristiques requises du produit, l'autorité contractante a exigé des fournisseurs un scanographe corps entier à six barrettes ;

Considérant qu'aux termes de l'article 7 du Code des Marchés publics, les spécifications prescrites par l'autorité contractante peuvent être définies :

- soit en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives ;
- soit en fonction des normes internationales, dans le cas où il en existe, sinon sur la base des règlements techniques nationaux ou des normes reconnues ;

Qu'il ne devra pas être exigé ou mentionné des marques de fabrique ou de commerce ou noms commerciaux, des brevets, des modèles ou des types particuliers, ni d'origine ou de producteurs ou fournisseurs déterminés, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les règlements du marché et à la condition que des termes « tels que » ou « l'équivalent » figurent dans la documentation relatif à l'appel d'offres ;

Que pour définir le produit, l'autorité contractante avait donc la possibilité :

- soit de décrire avec précision les performances et exigences fonctionnelles recherchées ;
- soit de définir une plage avec un minimum et un maximum ;

Qu'exiger, contrairement à ces règles, un scanographe à nombre de barrettes déterminé a pour effet de favoriser ou d'éliminer certains candidats ou les autres produits, c'est-à-dire les scanographes de moins ou plus de six barrettes ;

Qu'en agissant ainsi, l'autorité contractante a rompu l'égalité entre les candidats et faussé la concurrence ;

Qu'en considération de ces éléments et du délai insuffisant accordé aux candidats pour adapter leurs offres, il convient de prononcer l'annulation de la procédure litigieuse pour discrimination et rupture de l'égalité entre les candidats ; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Reçoit le président du CRD en sa saisine ;
- 2) Constate que l'autorité contractante n'a pas procédé à l'ouverture des offres aux date et heure initialement indiquées dans l'avis et le dossier d'appel d'offres ; qu'elle a procédé par ailleurs à la fixation d'une nouvelle date de dépôt et d'ouverture des plis sans offrir aux candidats un délai suffisant pour adapter leurs offres ;
- 3) Dit que le report de la date de dépôt et d'ouverture des offres, la fixation d'une nouvelle date ne permettant pas aux candidats d'adapter leurs offres, et la référence à un type précis de scanographe ont eu pour effet de rompre l'égalité entre les candidats et de fausser la concurrence ; en conséquence,
- 4) Annule, par application des dispositions de l'article 24 du Code des Obligations de l'Administration, la procédure d'appel d'offres pour l'acquisition d'un scanographe corps entier à six barrettes lancé par le Ministère de la Santé et de la Prévention ;
- 5) Ordonne la correction du dossier d'appel d'offres et la relance de la procédure ;
- 6) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la société PROGECO, au Ministère de la Santé et de la Prévention ainsi qu'à la DCMP la présente décision qui sera publiée

Le Président

Mansour DIOP