



**DECISION N° 120/19/ARMP/CRD/DEF DU 31 JUILLET 2019
DU COMITÉ DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS STATUANT
EN COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE D'AUTORISATION
D'IMMATRICULATION DU MARCHÉ RELATIF À LA FOURNITURE DE RÉACTIFS
ET CONSOMMABLES DE LABORATOIRE RÉFÉRENCÉ F-01-CNTS-2019**

**LE COMITÉ DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES,**

VU la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, modifiée par la loi n° 2006-16 du 30 juin 2006 ;

VU la loi n° 98-08 du 02 mars 1998 portant réforme hospitalière, modifiée ;

VU la loi n° 98-12 du 02 mars 1998, relative à la création, à l'organisation et au fonctionnement des établissements publics de santé ;

VU le décret n° 98-701 du 26 août 1998, relatif à l'organisation des établissements publics de santé hospitaliers ;

VU le décret n° 98-702 du 26 août 1998, portant organisation financière et administrative des établissements publics de santé ;

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° 2013-1385 du 31 octobre 2013 portant nomination des membres du Conseil de Régulation ;

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° 04-17 du 20 avril 2017 portant nomination des membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) de l'ARMP ;

VU la lettre du 22 juillet 2019 du Centre national de Transfusion sanguine ;

Monsieur Baye Samba DIOP, Chef de la division régulation et affaires juridiques, entendu en son rapport ;

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

De monsieur Saër NIANG, Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics, 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 reçue et enregistrée le 23 juillet 2019 au secrétariat du Comité de Règlement des Différends (CRD) sous le numéro 206, le Directeur du Centre national de Transfusion sanguine (CNTS) a saisi le CRD pour obtenir une autorisation de faire immatriculer le marché relatif à la fourniture de réactifs et consommables de laboratoire référencé f-01-CNTS-2019, suite à l'avis défavorable de la DCMP.

SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS

Considérant que la saisine du CRD par le CNTS fait suite à l'avis négatif rendu par la DCMP par lettre n°002996/MFB/DCMP/DCV//12 du 29 juin 2019 ;

Considérant que la saisine du CRD a pour fondement les dispositions de l'article 142.3 du Code des Marchés publics qui subordonne la poursuite de la procédure à la saisine du CRD en cas d'avis défavorable de la DCMP ;

Considérant que le décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, en son article 22, donne compétence à la Commission Litiges du Comité de Règlement des Différends pour statuer sur les saisines relatives aux litiges opposant les organes de l'Administration intervenant dans le cadre de la procédure de passation ou d'exécution des marchés publics et délégations de service public ;

Considérant que le présent litige oppose le CNTS, en sa qualité d'autorité contractante à la DCMP, organe chargé du contrôle a priori de la passation des marchés publics ;

Considérant que le Code des Marchés publics ne fixe pas, dans ce cas de figure, un délai de saisine du CRD ;

Qu'il y a lieu de déclarer la saisine du CNTS recevable, par application de l'article 22 du décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP.

LES FAITS

Par courrier du 19 juin 2019, le CNTS a saisi la DCMP, aux fins d'immatriculation du marché relatif à la fourniture de réactifs et consommables de laboratoire référencé f-01-CNTS-2019.

La DCMP a refusé d'immatriculer au motif que des violations de la réglementation des marchés publics ont été constatées.

Devant le refus d'immatriculation desdits marchés, le CNTS a saisi le CRD.

SUR LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

À l'appui de sa demande, l'autorité contractante reconnaît tous les dysfonctionnements évoqués par la DCMP qui sont liés au fait qu'une nouvelle équipe a été mise en place à la suite du départ à la retraite de la coordonnatrice de la cellule des marchés.

Toutefois, elle soutient que la relance d'une telle procédure pourrait comporter des risques de rupture d'approvisionnement en sang des différents hôpitaux par défaut de réactifs de sécurisation avec un impact négatif sur les activités de soins des structures de santé.

En définitive, le CNTS sollicite du Comité de Règlement des Différends l'autorisation de faire immatriculer le marché susvisé par la DCMP.

SUR LES MOTIFS DONNÉS PAR LA DCMP

Pour motiver son refus d'immatriculer, la Direction centrale des Marchés publics (DCMP) a relevé que le Dossier d'Appel d'Offres (DAO) n'a pas fait l'objet de revue a priori, alors que le seuil est atteint.

De même, elle a constaté que sur l'avis d'appel d'offres, il n'est pas précisé l'identité de la personne responsable et ses coordonnées pour faciliter la demande d'information.

De plus, elle a estimé que la garantie de soumission ne doit être exprimée en pourcentage. L'autorité contractante devrait mentionner la valeur absolue de la garantie requise. Car les soumissionnaires ne doivent pas connaître le montant estimé des marchés.

Sur les données particulières de l'Appel d'offres, il a été précisé que le certificateur des états financiers doit être agréé par l'ONECCA ou tout organisme similaire et la précision des trois dernières années demandées au titre du marché similaire en écrivant (2018, 2017, 2016).

La DCMP relève également que conformément à l'article 44 du nouveau Code des Marchés publics, les pièces administratives doivent être produites à la signature et qu'au moment de la soumission, les candidats devront simplement s'engager sur l'honneur qu'ils sont en règle avec lesdites administrations.

Il a été aussi reproché à l'autorité contractante, la non communication du montant estimatif des articles afin de permettre à la DCMP d'en apprécier la valeur de la garantie de soumission par exemple.

Sur le cahier des clauses administratives particulières, la DCMP a relevé les manquements suivants :

- la clause relative au règlement des différends n'est pas renseignée ;
- l'obligation de fournir la redevance de régulation conformément à l'arrêté n°6781 du 16 novembre 2016 fixant le taux de redevance de régulation sur les marchés publics n'est pas prévue;
- le taux de pénalités de retard inscrit dans le dossier n'est pas correct parce qu'il suppose une tolérance qui dépasse 70 jours, alors que la durée d'exécution du marché est de 30 jours.

Sur le procès-verbal d'ouverture des offres, la DCMP souligne qu'il n'a pas été porté sur le PV d'ouverture des plis la mention relative à la « lecture à haute voix ». La liste des représentants des soumissionnaires à la séance d'ouverture des plis n'a pas été jointe au dossier et les prix unitaires par article lus publiquement ne figurent pas dans le procès-verbal d'ouverture alors que l'attribution devrait être faite par article.

Sur le rapport d'évaluation des offres, la DCMP a relevé que les articles 16, 17, 18, 61, 62, 63, 64, 65, et 66 n'ont pas été attribués car les prix proposés sont supérieurs au budget prévus pour lesdits articles. Or conformément à l'article 65 du Code des Marchés publics, l'avis de la Direction Centrale des Marchés publics est requis avant la déclaration sans suite d'un appel d'offres.

Par ailleurs, certaines erreurs ont été relevées sur les montants pour lesquels les marchés suivants sont attribués :

- **Lot 1 (sans les articles 16, 17,18, 61, 62, 63, 64, 65, et 66)** attribué à SOTELMED, pour un montant de dix-huit millions cinq cent cinq cinquante-neuf mille cinq cent sept (18 559 507) en lieu et place de seize millions huit cent vingt et un mille cent vingt (16 821 720).
- **Lot 4, sous lot 2 (item 1, 2, 3)** attribué à SOTELMED, pour un montant de trente-neuf millions cent soixante-six mille sept cent vingt-cinq (39 166 725) en lieu et place de trente-huit millions deux cent cinquante et un mille huit cent quarante (38 251 840)

Au regard de ce qui précède, la Direction Centrale des Marchés publics déclare ne pas pouvoir procéder à l'immatriculation des marchés susvisés.

SUR L'OBJET DU LITIGE

Il ressort des motifs ci-dessus développés que la saisine porte sur une demande d'autorisation d'immatriculation du marché relatif à la fourniture de réactifs et consommables de laboratoire référencé f-01-CNTS-2019 suite au refus de la DCMP.

EXAMEN DE LA DEMANDE

1. Sur le contrôle a priori du marché

Considérant que l'article 141.a) du Code des Marchés publics précise que :

La Direction chargée du contrôle des marchés publics assure le contrôle a priori des procédures de passation de marchés. À ce titre, elle émet un avis sur les dossiers d'appel à la concurrence avant le lancement de la procédure de passation concernant :

- les marchés à commande, les marchés de clientèle et les marchés à tranches conditionnelles, quel que soit le montant ;
- les marchés que l'autorité contractante souhaite passer par appel d'offres restreint ;
- les marchés dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils fixés par arrêté du Ministre chargé des Finances ;
- les conventions de délégation de service public;
- les avenants aux marchés ci-dessus ou qui ont pour effet de porter le montant du marché au montant du seuil d'examen juridique ;

Considérant que, conformément à l'article premier de l'arrêté n° 00106/MEFP du 07 janvier 2015 fixant les seuils de contrôle a priori des dossiers de marché, les marchés de fournitures des établissements publics d'un montant égal ou supérieur à 200 millions FCFA doivent faire l'objet, avant leurs lancements, d'un contrôle a priori de la Direction Centrale des Marchés public (DCMP) ;

Considérant qu'il résulte des pièces du dossier que le marché litigieux composé de cinq lots, dont le montant estimatif est de trois cent millions (300 000 000) FCFA est largement au-dessus du seuil d'examen préalable ;

Qu'ainsi, l'autorité contractante, en n'ayant pas soumis le marché au contrôle à priori de la DCMP, a commis un manquement ;

2. Sur les manquements du dossier d'Appel d'offres

- Sur l'avis d'appel d'offres

Considérant que l'article 66 du Code des Marchés publics souligne que des renseignements complémentaires peuvent être sollicités de la personne responsable du marché dix (10) jours au plus tard avant la date limite de dépôt des offres, ce qui suppose que les coordonnées de cette dernière doivent être communiquées dans l'avis d'Appel d'offres pour permettre cette diligence ;

Considérant qu'il ressort du dossier que l'autorité contractante n'a pas précisée l'identité de la personne responsable et ses coordonnées ;

Que dès lors, elle a commis un manquement à cette obligation ;

- Sur les données particulières de l'Appel d'offres

- Sur la clause 5.1

Considérant que le certificateur des états financiers doit être agréé par l'ONECCA ou tout organisme similaire et la précision des trois dernières années demandées au titre du marché similaire en écrivant (2018, 2017, 2016) ;

Considérant qu'il ressort de l'instruction que l'autorité contractante n'a pas prévu dans les données particulières que le certificateur des états financiers doit être agréé par l'ONECCA ou tout organisme similaire ;

Qu'en procédant de la sorte, l'Autorité contractante a commis un manquement dans la stipulation de ladite clause ;

Considérant, par ailleurs, que conformément à l'article 44 du nouveau Code des Marchés publics, les pièces administratives doivent être produites à la signature et qu'au moment de la soumission, les candidats devront simplement s'engager sur l'honneur qu'ils sont en règle avec lesdites administrations ;

Considérant que l'autorité contractante a requis les pièces administratives attestant que le candidat est en règle à l'égard des administrations fiscales et sociales à la soumission ;

Que dès lors, la date exigée pour le dépôt de ces dites pièces est prématurée ;

3. Sur le procès-verbal d'ouverture des offres

Considérant qu'aux termes de l'article 67.4 du code des Marchés publics il ressort que le nom de chaque candidat, le montant de chaque offre, la présence ou l'absence de garantie de soumission, les rabais éventuels ainsi que toute autre information que l'autorité contractante peut juger utile de faire connaître, sont lus à haute voix lors de l'ouverture des plis. Dès la fin des opérations d'ouverture des plis, ces informations sont consignées dans un procès-verbal signé par les membres de la commission des marchés présents et remis à tous les candidats ;

Considérant qu'il ressort du dossier que la liste des représentants des soumissionnaires à la séance d'ouverture des plis n'a pas été jointe au dossier et que les prix unitaires par article lus publiquement ne figurent pas dans le procès-verbal d'ouverture alors que l'attribution devrait être faite par article ;

Qu'ainsi l'autorité contractante n'a pas respecté les dispositions de l'article précité ;

4. Sur la déclaration d'infructueux de certains articles

Considérant qu'aux termes de l'article 64 du Code des Marchés publics l'autorité contractante, après consultation de la Direction chargée du Contrôle des marchés publics, peut déclarer un appel d'offres infructueux lorsque selon l'avis de la commission des marchés compétente, aucune offre n'a été remise à l'expiration de la date limite de dépôt des offres ou lorsqu'il n'a été proposé que des offres irrecevables ou non conformes, bien que toutes les conditions devant assurer le succès de l'appel à la concurrence aient été remplies ;

Considérant qu'il ressort de l'instruction que l'autorité contractante a attribué les lots comme suit :

- **Lot 1 (sans les articles 16, 17, 18, 61, 62, 63, 64, 65, et 66)** attribué à SOTELMED, pour un montant de dix-huit millions cinq cent cinq cinquante-neuf mille cinq cent sept (18 559 507) en lieu et place de seize millions huit cent vingt et un mille cent vingt (16 821 720) ;
- **Lot 4, sous lot 2 (item 1, 2, 3)** attribué à SOTELMED, pour un montant de trente-neuf millions cent soixante-six mille sept cent vingt-cinq (39 166 725) en lieu et place de trente-huit millions deux cent cinquante et un mille huit cent quarante (38 251 840) ;

Considérant que l'autorité contractante a déclaré infructueux certains articles de lots sans l'avis de la DCMP, ce qui est une formalité obligatoire ;

Qu'en conséquence, lesdites attributions ne sont pas régulières ;

Considérant, en outre, que l'article 51 du Code des Obligations Administratives précise que le contrat conclu en violation des règles de forme imposées par la loi est nul de nullité absolue ;

Qu'il s'en infère que l'attribution desdits lots est nulle et que la DCMP est fondée à refuser l'immatriculation du marché y afférent ;

Qu'il y a lieu d'annuler la procédure ;

Considérant, toutefois, qu'il existe un risque de rupture en sang, ce qui porterait une atteinte grave au système de santé ;

Qu'il y a lieu de l'autoriser à lancer un appel d'offre en procédure d'urgence ;

PAR CES MOTIFS

- 1) Déclare recevable la demande du Centre national de Transfusion sanguine (CNTS) ;
- 2) Constate que le CNTS n'a pas soumis à la DCMP le dossier pour revue ;
- 3) Constate que les prix unitaires par article lus publiquement ne figurent pas dans le procès-verbal d'ouverture ;

- 4) Que l'autorité contractante a déclaré infructueux certains articles de lots sans l'avis de la DCMP ;
- 5) Dit que l'autorité contractante n'a pas respecté les dispositions des articles 64, 66, 67 et 141 du Code des Marchés publics ;
- 6) Dit qu'un marché conclu en violation des règles de forme est frappé de nullité ;
- 7) Dit que la DCMP a justifié son refus d'immatriculation ;
- 8) Annule la procédure de passation de marché ;
- 9) Constate, toutefois, que l'autorité contractante allègue qu'il y a un risque de rupture au niveau de la banque de sang ;
- 10) Autorise, en conséquence, l'autorité contractante a lancé un appel d'offres ouvert en procédure d'urgence ;
- 11) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics est chargé de notifier au Centre national de Transfusion sanguine (CNTS) et à la Direction centrale des Marchés publics (DCMP), la présente décision qui sera publiée sur le site officiel des marchés publics.



Le Président

Omar SAKHO

Les membres du CRD



Alioune Badara FALL



Ibrahima SAMBE



Abdourahmane NDOYE

Le Directeur Général,
Rapporteur

Saër NIANG

