

**DECISION N°077/10/ARMP/CRD DU 18 JUIN 2010
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DU CONSORTIUM D'ETUDES ET
DE REALISATIONS TECHNIQUES (CERTEC S.A.) CONTESTANT LA DECISION
DU CHU DE FANN ATTRIBUANT LE MARCHÉ DE FOURNITURE DE MATERIEL
D'IMAGERIE MEDICALE A CARREFOUR MEDICAL**

**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 CERTEC EQUIPEMENTS SA du 17 mai 2010 ;

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

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

De MM Youssouf SAKHO, Directeur général de l'ARMP, Oumar SARR, Conseiller juridique et René Pascal DIOUF, Chargé des enquêtes sur les procédures de passation et d'exécution des marchés publics et délégations de service public, 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 mémoire du 17 mai 2010, enregistrée le même jour sous le numéro 311/10 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, CERTEC EQUIPEMENTS SA a introduit un recours auprès du CRD pour contester l'attribution du marché sus visé ;

SUR LA RECEVABILTE DU RECOURS

Le 05 mai 2010, le CHU de Fann a fait publier dans le quotidien « Le Soleil », l'avis d'attribution du marché de fourniture de matériel d'imagerie médicale lancé 18 décembre 2009 ;

Le 06 mai 2010, CERTEC SA a introduit un recours gracieux auprès de l'autorité contractante qui y a répondu le 11 mai 2010.

Le 17 mai 2010, CERTEC SA a saisi le CRD pour contester la décision de l'autorité contractante.

Il résulte des développements ci-dessus que le requérant a saisi le CRD dans les délai et forme prescrits par l'article 87 du Code des Marchés publics, il convient, en conséquence, de déclarer son recours recevable.

LES FAITS :

Suivant publication du 18 décembre 2009 dans le journal le quotidien « Le Soleil », le Centre hospitalier universitaire (CHU) de Fann a lancé un appel d'offres pour la fourniture de matériel d'imagerie médicale en un lot présenté comme suit :

1. Un scanner 16 barrettes + accessoires ;
2. Un appareil de radiographie OS POU MON + accessoires ;
3. Un appareil d'échographie couleur + accessoires.

Le 07 janvier 2010, à l'ouverture des plis, trois offres ont été déposées par les candidats suivants :

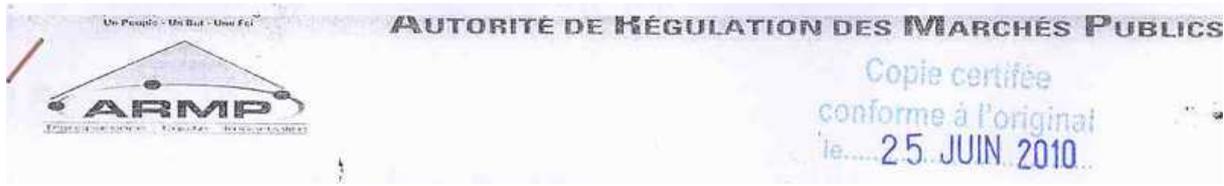
- CARREFOUR MEDICAL ;
- CERTEC SA et
- BIA Dakar.

Dans l'édition du quotidien « Le Soleil » du 05 mai 2010, l'autorité contractante a publié un avis d'attribution provisoire du marché au candidat Carrefour médical pour le montant de 348 361 904 FTTC.

CERTEC a contesté cette attribution devant le CRD et a développé les moyens qui suivent.

LES MOYENS PRESENTES A L'APPUI DU RECOURS

Le requérant reproche à l'autorité contractante de lui avoir demandé d'apporter la preuve de sa déclaration selon laquelle son offre était moins disante.



Il soutient que cette attitude de l'autorité contractante a pour effet d'inverser la charge de la preuve alors qu'il incombe à celle-là, en vue d'assurer le respect du principe d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, de justifier son choix aussi bien par rapport à la conformité de l'offre retenue qu'à son caractère moins disant ;

Que sur ce point, il ne sert à rien de présenter une offre financière basse lorsque celle-ci n'est pas conforme et que son auteur n'est pas qualifié.

MOTIFS DE LA DECISION D'ATTRIBUTION PROVISoire

Par lettre n°00844/MSP/CHNF/Dir/SAF du 26 mai 2010, en réponse aux critiques de CERTEC, l'autorité contractante a justifié le choix de CARREFOUR MEDICAL en ce qu'il a satisfait aux exigences des DPAO, IC 5.1, selon lesquelles « **le candidat doit prouver, document à l'appui, qu'il a réalisé, durant les trois (3) dernières années, au moins un marché similaire** », et présenté l'offre la moins disante.

Par contre, CERTEC SA a été déclarée conforme pour l'essentiel, alors qu'en réalité, dans son offre pour le scanner, il manque un accessoire, le reprographe (Dicom printer) et, pour l'appareil de radiographie OS poumon, le numériseur dont le débit doit être égal ou supérieur à 62 cassettes/heure.

Mais que la commission l'a plutôt éliminé au titre de la réalisation de marché similaire durant les trois dernières années.

SUR L'OBJET DU LITIGE :

Il résulte des faits, motifs et moyens présentés par les parties, que l'objet du litige porte, d'une part, sur la charge de la preuve du caractère conforme et moins disant de l'offre, et d'autre part, sur la sélection du candidat qui a présenté l'offre conforme évaluée la moins disante et dont l'auteur réunit les conditions de qualification requises.

AU FOND

Sur la charge de la preuve du caractère moins disant de l'offre:

Considérant que le requérant reproche à l'autorité contractante d'avoir inversé la charge de la preuve alors qu'il lui incombe, en vue d'assurer le respect du principe d'égalité des candidats et la transparence de la procédure, de justifier son choix aussi bien quant à la conformité de l'offre retenue qu'en ce qui concerne son caractère moins disant ;

Considérant qu'aux termes de l'article 81.3 du Code des Marchés publics, dès approbation de la proposition d'attribution du marché, l'autorité contractante avise immédiatement les autres candidats du rejet de leurs offres, leur restitue les garanties de soumission et publie un avis d'attribution ;



Que selon l'article 85 dudit code, que tout candidat écarté peut demander à la personne responsable du marché de lui communiquer par écrit, dans un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la réception d'une demande écrite, les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre ;

Considérant que suivant insertion parue dans le quotidien « Le Soleil » du 05 mai 2010, le CHU de Fann a fait publier l'avis d'attribution provisoire du marché litigieux à CARREFOUR MEDICAL ;

Que le 06 mai 2010, CERTEC, qui a déclaré avoir proposé l'offre la moins disante, a saisi l'autorité contractante d'une demande d'éclaircissement sur l'attribution du marché à CARREFOUR MEDICAL ;

Que par lettre n°00750/MSPHP/CHN/Dir/BM du 11 mai 2010, en réponse à CERTEC SA, l'autorité contractante a déclaré que, conformément aux dispositions de l'article 59.1 et 2 du Code des Marchés publics, elle a porté son choix sur CARREFOUR MEDICAL qui a présenté l'offre conforme la moins disante ;

Que, s'agissant des offres de CERTEC, en particulier son offre financière, dont lecture a été donnée à haute voix à l'ouverture des plis, elle était classée 2e après celle CARREFOUR MEDICAL ; que dès lors, il appartient à CERTEC, qui affirme « avoir proposé l'offre la moins disante parmi celles qui sont conformes au cahier des charges », d'en apporter la preuve ;

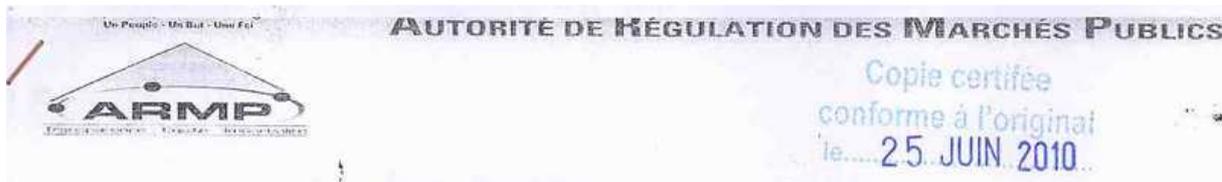
Considérant qu'il est de règle que celui qui se prévaut d'une obligation doit en apporter la preuve ; qu'opposer cette maxime à un candidat qui se prévaut « avoir proposé l'offre la moins disante » ne constitue ni une rupture de l'égalité de traitement des candidats, ni une atteinte à la transparence des procédures ; que ni l'analyse des offres, ni les faits ou les éléments fournis par le requérant n'ont prouvé que son offre est la moins disante ;

Sur la sélection du candidat ayant l'offre la moins disante :

Considérant qu'aux termes de l'article 59.1 et 2 du Code des Marchés publics, « **la détermination de l'offre la moins disante est effectuée soit sur la base du prix le plus bas, soit sur la base du prix et d'autres critères, tels que le coût d'utilisation, les performances techniques, le délai de livraison ou d'exécution, qui doivent être énumérés dans le dossier d'appel à concurrence et être exprimés en termes monétaires ou sous la forme de critères éliminatoires** »

Que la qualification du candidat, qui a présenté l'offre évaluée la moins disante au regard des capacités juridiques, techniques et financières requises, est examinée indépendamment du contenu de son offre, au vu des justifications qu'il a soumises, en application des dispositions de la section 2 du chapitre II du titre III du Code des Marchés publics ;

Considérant que, sur la qualification, aux termes des DPAO IC 5.1, les candidats doivent satisfaire aux conditions suivantes :



- Capacité financière : présenter une attestation de capacité financière d'un montant de dix millions (10 000 000) F CFA ;
- Capacité technique et expérience : prouver document à l'appui qu'il a réalisé, durant les trois (3) dernières années, au moins un marché similaire ;

Considérant qu'à l'ouverture des plis, les candidats ont tous fourni des garanties de soumission pour le montant de vingt millions (20 000 000) F CFA TTC ; que les offres financières enregistrées ont été chiffrées :

- Pour CERTEC à 467 350 800 F CFA TTC ;
- Pour BIA DAKAR à 898 985 163 F CFA TTC ;
- Pour CARREFOUR MEDICAL à 348 361 904 F CFA TTC ;

Considérant, sur la désignation de l'attribution provisoire, que le candidat CARREFOUR MEDICAL, qui a été reconnu réunir les critères de qualification, a présenté l'offre conforme évaluée moins disante, alors que CERTEC, dont l'offre a été également déclarée conforme pour l'essentiel, en dépit de quelques écarts sur :

- le Dicom Printer (Reprographe), accessoire du Scanner
- le numériseur, accessoire de l'appareil de Radiographie OS poumon : débit inférieur ou égal à 62 cassettes/heure que le candidat n'a pas précisé ;

Mais que, sur l'exigence de réalisation d'au moins un marché similaire durant les trois (3) dernières années, CERTEC n'a pas fourni la documentation requise ;

Que, par contre, CARREFOUR MEDICAL a produit plusieurs attestations délivrées courant 2007 et 2008 par l'Hôpital principal de Dakar pour la fourniture et l'installation de matériels médicaux similaires à ceux faisant l'objet du marché litigieux ;

Mais que lesdites attestations étant établies au nom de « *Alliance Business Sénégal* » (ABS), CARREFOUR MEDICAL a produit une note de présentation, communiquée notamment à l'autorité contractante, d'où il résulte que ABS est, comme CARREFOUR MEDICAL, une filiale du Groupe COSEMAD ; que CARREFOUR MEDICAL a succédé à ABS dans sa branche médicale ;

Considérant qu'à cet égard, les recherches effectuées ont permis de constater que ABS et CARREFOUR MEDICAL sont des filiales du Groupe COSEMAD.

Considérant ces éléments et le fait que CARREFOUR MEDICAL, qui a été reconnu réunir les critères de qualification mentionnés dans les DPAO, a présenté l'offre évaluée la moins disante, il convient de dire que la décision d'attribution provisoire du marché à CARREFOUR MEDICAL est justifiée ; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Déclare CERTEC recevable en son recours ;
- 2) Dit que le requérant n'a pas satisfait à l'exigence de réalisation d'au moins un marché similaire à celle faisant l'objet du marché litigieux durant les trois dernières années ; en conséquence,
- 3) Dit que le candidat CERTEC n'a pas rempli l'obligation de réunir les critères de qualification prévus au dossier de consultations ;
- 4) Rejette son recours ;
- 5) Ordonne la continuation de la procédure de passation du marché concerné ;
- 6) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à CERTEC, au CHU de Fann et à la DCMP la présente décision qui sera publiée

Le Président

Mansour DIOP