

**DECISION N°098/10/ARMP/CRD DU 28 JUILLET 2010  
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN  
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE TBS HEALTH & CONSULTING  
SARL CONTESTANT L'ATTRIBUTION PROVISoire DU LOT 2  
DU MARCHE DE L'HOPITAL PRINCIPAL DE DAKAR AYANT POUR OBJET LA FOURNITURE  
DE REACTIFS ET CONSOMMABLES POUR APPAREILS DE BIOCHIMIE**

**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 du 19 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu le recours en date du 06 juillet 2010 de la société TBS HEALTH & Consulting Sarl, enregistré le même jour sous le numéro 478 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

Après avoir entendu le rapport de M. René Pascal DIOUF, rapporteur, présentant les moyens et les conclusions des parties,

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

De Messieurs Youssouf SAKHO, Directeur Général de l'ARMP, 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 mémoire en date du 06 juillet 2010 enregistrée le même jour sous le numéro 478 au Secrétariat du CRD, la société TBS HEALTH & CONSULTING Sarl (TBS pour la suite de la décision) a saisi le CRD en contestation de l'attribution provisoire du lot 2 (AVL 9180 Electrolytes analyser) du marché de l'Hôpital Principal de Dakar (HPD) ayant pour objet l'acquisition de réactifs et consommables pour appareil de biochimie.

## **SUR LA RECEVABILITE**

Considérant qu'au terme des articles 86 et 87 du décret 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics, tout candidat à une procédure d'attribution d'un marché est habilité à saisir soit la personne responsable dudit marché d'un recours gracieux, soit directement le CRD d'un recours contentieux; que ledit recours doit être exercé dans un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la publication de l'avis d'attribution du marché, de l'avis d'appel d'offres ou de la communication du dossier d'appel d'offres ;

Qu'en l'absence de suite favorable de son recours gracieux, le requérant dispose, pour saisir le CRD, de trois (3) jours ouvrables à compter de la réception de la réponse de l'autorité contractante ou de l'expiration du délai de cinq jours imparti à celle-ci pour répondre à son recours gracieux;

Considérant que, après avoir pris connaissance de l'avis d'attribution provisoire du lot 2 de l'appel d'offres n°2010-10.3/HPD du 25 mars 2010, paru dans le journal « Le Soleil » du 06 juillet 2010, TBS a, le même jour, saisi le CRD d'un recours ;

Que le recours ayant été introduit dans les forme et délai requis, il convient de le déclarer recevable ;

## **LES FAITS**

Le 29 mars 2010, l'Hôpital Principal de Dakar a fait publier dans le journal « Le Soleil » un avis d'appel d'offres pour l'acquisition en cinq (5) lots de réactifs et consommables pour la Biochimie, les lots étant ainsi répartis :

- lot 1 : SEBIA,
- Lot 2 : 9180 Electrolytes Analyser,
- Lot 3 : GemLYTE Electrolytes analysers,
- Lot 4 : EASY BLOOD GAZ,
- Lot 5 : Réactifs et produits chimiques.

A l'ouverture des plis effectuée le 19 mai 2010, au titre du lot 2, il s'est avéré que seuls TBS et DELTA MEDICAL ont fait une offre pour des montants respectifs de 5 383 916 FCFA HTHD et 3 374 480 FCFA HTHD.

Après évaluation des deux offres déclarées conformes pour l'essentiel, DELTA MEDICAL a été déclaré attributaire provisoire du lot et l'Hôpital, après avis de la DCMP sur le rapport d'analyse et le procès-verbal d'attribution provisoire suivant lettre n° 002900/MEF/DCMP/32 du 29 juin 2010, a fait publier dans le journal « Le Soleil » du 06 juillet 2010, un avis d'attribution provisoire.

Ayant pris connaissance de cet avis, TBS a, le même jour, introduit un recours devant le CRD.

## **LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS**

A l'appui de son recours, la société TBS fait remarquer qu'elle représente exclusivement les laboratoires ROCHE DIAGNOSTIC au Sénégal et dans quelques pays de la sous-région et que



dans l'appel d'offres, il n'a aucunement été question de produits assimilés pour ce qui concerne le lot 2.

En outre, elle affirme que ni elle ni son partenaire n'ont donné à ce jour une autorisation à une autre société sénégalaise de participer ou de fournir les réactifs et consommables du 9180 Electrocytes analyser dudit lot.

Elle en conclut que l'attribution provisoire du marché relève d'un oubli ou d'une erreur qu'elle demande au CRD de corriger.

### **LES MOTIFS DONNES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE**

En réponse à la requête de TBS dont ampliation lui a été faite par ses soins, l'hôpital, par l'organe du Colonel Philippe Chemin, gestionnaire chargé de l'expédition des affaires courantes, après avoir rappelé les étapes de la procédure, relève qu'après avoir pris connaissance du DAO, TBS ne l'a pas saisi d'un recours en contestation des clauses du marché en faisant appel à son droit d'exclusivité et n'a pas non plus exercé de recours devant le CRD sur le fondement de l'article 86 du code des marchés publics.

Par ailleurs, il infère du droit d'exclusivité allégué par le requérant que ce dernier voudrait le contraindre à choisir l'entente directe en application de l'article 76 du code des marchés publics, alors qu'il reste libre de choisir le mode de passation du marché.

Du reste, il rappelle que le marché contesté a pour objet la fourniture de réactifs pour l'appareil de biochimie 9180 Electrolytes Analyser et non des produits spécifiques ROCHE DIAGNOSTIC.

Enfin, il s'interroge sur la validité du droit d'exclusivité revendiqué au regard des dispositions du décret n° 70-1335 du 07 décembre 1970 réglementant les contrats d'exclusivité de vente ou d'achat, dont copie a été jointe à sa réponse.

Il conclut, au vu de ce qui précède, qu'il a appliqué les dispositions réglementaires en vigueur en prenant la décision d'attribuer provisoirement le lot 2 du marché à la société Delta Médical qui a présenté une offre évaluée conforme et moins disante.

### **L'OBJET DU LITIGE**

Il résulte des faits et motifs ci-dessus exposés que le litige porte sur la conformité de l'offre de DELTA MEDICAL déclaré attributaire provisoire, au regard du droit d'exclusivité dont se prévaut le requérant sur les produits ROCHE DIAGNOSTIC.

## **AU FOND**

Considérant qu'il est constant comme résultant de la liste des fournitures et du cahier des clauses techniques que le Lot 2 : 9180 Electrolyte Analyser concerne la livraison des items suivants :

Article Numéros	Description des fournitures	Quantités (Nb. d'unités).	Unité
10	Snappak, 9180 (1 pièce)	50	boîte
11	Cleaning solution (1 X 125 ml)	5	boîte
12	Sodium Electrode conditionner solution (1 X 125 ml)	5	boîte
13	Urine diluant (1 X 500 ml)	2	boîte
14	Isotrol Electrolyte control (3x10 ampoules)	1	boîte
15	Printer paper (5 pièces) ;		

Considérant qu'ainsi, l'hôpital n'a pas entendu dans le DAO rechercher des produits spécifiques à ROCHE DIAGNOSTIC, ce qui d'ailleurs constituerait une violation des dispositions de l'article 7 du code des marchés publics qui proscriit, dans le cahier des charges, toute référence à des noms de marque, à des rubriques de documentation ou à des spécifications exclusives émanant d'un fournisseur ou d'un prestataire particulier ;

Qu'il a entendu plutôt acquérir des réactifs et consommables pour le fonctionnement de l'appareil de biochimie 9180 Electrolytes Analyser fabriqué par ROCHE DIAGNOSTIC et dont il est équipé ;

Considérant que dans son bordereau des prix, DELTA MEDICAL s'est conformé à la liste des fournitures et au cahier des clauses techniques ;

Considérant surtout que l'attributaire provisoire, dans son dossier technique, a proposé des produits de marque DIAMONDS DIAGNOSTICS en prenant le soin de joindre l'autorisation du fabricant ;

Qu'il résulte de l'attestation signée le 15 avril 2010 par le fabricant que les réactifs destinés à l'Electrolyte analyser Roche 9180 peuvent directement remplacer ses réactifs, et sont totalement compatibles avec l'équipement du fabricant originel, et qu'en outre ses réactifs sont compatibles à l'équipement Roche 9180 et ne peuvent avoir d'effet néfaste sur l'instrument ou les électrodes ;

Que dans ces conditions, c'est à bon droit que la commission des marchés a déclaré l'offre de DELTA MEDICAL conforme ;

Qu'en conséquence de ce que le marché n'avait pas pour objet de fournir des produits spécifiques de ROCHE DIAGNOSTIC et que l'attributaire provisoire a proposé les produits d'un autre fabricant compatibles avec l'équipement de l'hôpital, TBS, sans qu'il soit besoin d'examiner la validité du droit d'exclusivité du requérant comme y invite l'hôpital - ce qui par ailleurs ne serait pas de la compétence du CRD au vu de la copie jointe du décret n° 70-1335 du 7 décembre 1970 réglementant les contrats d'exclusivité de vente et d'achat - ne peut exciper utilement de ce droit pour contester l'attribution provisoire du marché à DELTA MEDICAL ;

## **DECIDE :**

- 1) Déclare recevable la requête introduite par la société TBS HEALTH & CONSULTING Sarl ;
- 2) Dit que les items du lot 2 ont pour objet de fournir des réactifs et consommables destinés à l'appareil de biochimie Electrolyte Analyser de marque ROCHE DIAGNOSTIC appartenant à l'Hôpital Principal de Dakar ;
- 3) Constate que DELTA MEDICAL a proposé des produits de marque DIAMONDS DIAGNOSTICS compatibles avec l'appareil de l'Hôpital ;
- 4) Dit qu'en conséquence, TBS ne peut utilement se prévaloir de son droit d'exclusivité pour contester l'attribution provisoire du lot 2 du marché ;
- 5) Déclare sa requête mal fondée ;
- 6) Ordonne la continuation de la procédure de passation du marché en ce qui concerne le lot 2 ;
- 7) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics est chargé de notifier à TBS HEALTH & CONSULTING Sarl, à l'Hôpital Principal de Dakar ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

**Le Président**

**Mansour DIOP**