

**DECISION N° 100/09/ARMP/CRD DU 25 NOVEMBRE 2009
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE SOPRODEL CONTESTANT
L'ELIGIBILITE DE LA SOCIETE FERMON LABO SUITE A LA DECISION DE LA COMMISSION DES
MARCHES D'ATTRIBUER A CE DERNIER, LE LOT 1 DE L'APPEL D'OFFRES RELATIF A
L'ACQUISITION D'INTRANTS D'INSEMINATION ARTIFICIELLE AU PROFIT DU MINISTERE DE
L'ELEVAGE**

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 Co de 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 22 octobre 2009 de la société SOPRODEL, enregistré le même jour sous le numéro 648/09 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

Après avoir entendu le rapport de M. Cheikh Saad Bou SAMBE, rapporteur présentant les moyens et les conclusions des parties,

Après consultation 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 22 octobre enregistrée le même jour sous le numéro 648/09 au Secrétariat du CRD, la société SOPRODEL a sollicité l'annulation de la décision d'attribution du marché portant sur la fourniture d'intrants d'insémination artificielle au profit du Ministère de l'Elevage.

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 le CRD ;

Considérant que la société SOPRODEL a saisi directement le CRD par lettre en date du 22 octobre 2009, après la parution dans le journal « L'Office » daté du même jour, de l'avis d'attribution provisoire du marché ;

Que le recours ayant été introduit conformément à la réglementation, il convient de le déclarer recevable ;

LES FAITS

Le Ministère de l'Elevage a publié dans le journal « L'Office » n° 1205 en date du 28 mai 2009, en quatre (4) lots séparés, un avis d'appel d'offres portant sur l'acquisition d'intrants d'insémination artificielle.

Au terme de l'évaluation des offres, la Commission des marchés a attribué à Fermon Labo, le lot 1 du marché relatif à la fourniture d'hormones de synchronisation des chaleurs.

Dès publication des résultats de l'évaluation des offres dans le journal « L'Office » en date du 22 octobre 2009, la société SOPRODEL a saisi le Comité de Règlement des Différends en contestation de la décision de la Commission des marchés.

Par décision n° 085/09/ARMP/CRD du 26 octobre 2009, le CRD a prononcé la suspension de la procédure de passation du marché susvisé.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de sa requête, la société SOPRODEL soutient que la Commission des marchés a prononcé à l'ouverture des plis, le rejet de l'offre du candidat Minbar Distribution pour défaut de garantie, alors que le Code des Marchés publics exige que cette sanction soit prononcée au moment de l'évaluation des offres ;

Par ailleurs, le requérant estime, qu'en référence aux dispositions des articles 27, 35, 37 et 38 de la loi n° 2008-07 organisant la profession et la pharmacie vétérinaires au Sénégal, la société Fermon Labo, attributaire du lot 1 du marché, est inéligible au motif qu'elle n'est pas gérée par un docteur vétérinaire, et ne dispose pas au sein de sa direction technique d'un vétérinaire agréé par l'Ordre des Docteurs vétérinaires et le Ministère de l'Elevage ;

Par lettre n° 202/ODVS en date du 2 novembre 2009 enregistrée le 4 novembre 2009 au Secrétariat du CRD, l'Ordre des Docteurs Vétérinaires du Sénégal (ODVS) déclare également que la société Fermon Labo n'est pas habilitée à détenir et à distribuer des médicaments vétérinaires et produits biologiques assimilés, et qu'aucune demande n'a été reçue de ladite société pour agréer un vétérinaire comme responsable technique au sein de sa structure ;

LES MOTIFS DONNES PAR LA COMMISSION DES MARCHES

Par lettre n° 00008/MEL/CM en date du 20 juillet 2009, la Commission des marchés soutient qu'elle a sollicité de Fermon Labo, des informations complémentaires, malgré l'absence dans le dossier d'appel d'offres de dispositions concernant l'éligibilité des candidats ;

En réponse, ce dernier a transmis des documents prouvant qu'il remplit bien les critères d'éligibilité fixés par la loi n° 2008-07 organisant la profession et la pharmacie vétérinaires au Sénégal, en produisant copie du contrat de gestion technique qui le lie au Docteur Malick Sène, l'attestation prouvant que le sus nommé est régulièrement inscrit à l'Ordre des Docteurs Vétérinaires du Sénégal, et bénéficie d'une autorisation d'exercer à titre privé la médecine vétérinaire ;

L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits et motifs ci-dessus exposés que le litige porte :

- 1) sur le rejet de l'offre de Minbar Distribution lors de la séance d'ouverture des plis, et

- 2) sur le respect des conditions d'éligibilité du candidat Fermon Labo par rapport à la législation organisant la profession et la pharmacie vétérinaires au Sénégal.

AU FOND

1) Sur le rejet de l'offre de Minbar Distribution à l'ouverture des plis :

Considérant qu'il ressort des dispositions de la clause 20.2 des Instructions aux candidats du dossier d'appel d'offres, que les candidats doivent produire une caution de soumission d'un montant de cinq millions (5 000 000) de francs ;

Qu'au terme de la clause 20 des Instructions aux candidats du dossier d'appel d'offres, la garantie de soumission doit être présentée sous la forme d'une lettre de crédit irrévocable, d'une caution provenant d'une institution bancaire ou financière agréée par le Ministère chargé des finances, d'un chèque certifié ou d'un chèque de banque ;

Considérant qu'en application de cette disposition, l'offre du candidat Minbar Distribution a été rejetée lors de la séance d'ouverture des plis sans être ouverte au motif que le chèque présenté en guise de caution n'est pas certifié ;

Considérant qu'au terme de la combinaison des dispositions des articles 45 et 68 du Code des Marchés publics, le défaut de constitution de la garantie de soumission à l'ouverture des plis donne lieu au rejet de l'offre lors de l'examen préliminaire, avant évaluation des offres ; que la séance d'ouverture des plis étant une séance de constatation, aucune offre ne peut faire l'objet de rejet à ce stade.

Considérant cependant que l'offre de Minbar Distribution ne comportait pas la garantie requise à l'ouverture des plis ; qu'elle doit, en conséquence, être rejetée conformément à l'article 45 du Code des Marchés publics ;

2) Sur l'éligibilité de Fermon Labo :

Considérant que le requérant reproche à la Commission des marchés d'avoir attribué à tort le lot 1 du marché sus visé à Fermon Labo alors que ce dernier ne remplit pas les conditions d'éligibilité exigées par la loi n°2008-07 organisant la profession et la pharmacie vétérinaires au Sénégal ;

Qu'au regard des dispositions de l'article 8 de la loi n°2008-07 organisant la profession et la pharmacie vétérinaires au Sénégal, « le docteur vétérinaire, l'ingénieur des travaux d'élevage et l'agent technique d'élevage peuvent exercer la profession vétérinaire à titre privé, soit en qualité de salarié à temps complet ou à temps partiel dans une entreprise ou une organisation à caractère associatif agréée ayant des activités dans le domaine de l'élevage, soit pour leur propre compte ou au sein d'une organisation professionnelle vétérinaire à caractère associatif, chez le client, dans un cabinet, dans une clinique, dans les limites territoriales où ils ont été autorisés à exercer ou, en cas de force majeure en tout autre lieu. » ;

Considérant que même si Fermon Labo en tant que structure n'est pas agréée pour délivrer des prestations dans le domaine de la pharmacie vétérinaire, l'article 37 de la loi n°2008-07 organisant la profession et la pharmacie vétérinaire au Sénégal, permet à tout établissement de fabrication, de préparation, d'importation, de conditionnement, de vente en gros et de distribution en gros de médicaments vétérinaires de recourir aux services d'un docteur vétérinaire agréé pour assurer la gestion technique de la structure ;

Qu'étant titulaire par arrêté n°1266 du 26 février 1997 d'une autorisation d'exercer à titre privé la médecine vétérinaire, Monsieur Malick SENE, Docteur vétérinaire, a conclu avec Fermon Labo un contrat d'un an renouvelable par tacite reconduction, pour assurer la gestion technique de ladite société pour tout type de matériel ou médicament vétérinaires ;

Mais considérant qu'il ressort des dispositions des articles 37 à 40 de la loi n°2008-07 organisant la profession et la pharmacie vétérinaires au Sénégal, que les fonctions de fabrication, de présentation, d'importation, de conditionnement, de vente en gros et de distribution en gros de médicaments vétérinaires sont incompatibles avec la tenue d'une officine, l'exercice en clientèle privée et la vente au détail de médicaments vétérinaires ;

Considérant que Monsieur Malick SENE, responsable technique vétérinaire de Fermon Labo a été déterminant sur la décision d'attribution du marché, alors qu'il assure la gérance de la société Minbar

Distribution dont l'offre a été rejetée à l'ouverture des plis pour non-conformité de la caution de soumission ; qu'à cet égard, l'article 24 du Code des Obligations de l'Administration modifié par la loi n° 2006-16 du 30 juin 2006 dispose que la violation du principe d'égalité de traitement des candidats aux commandes publiques par les acheteurs publics entraîne la nullité de la procédure de passation ou du marché passé ;

DECIDE :

- 1) Déclare recevable la requête introduite par la société SOPRODEL ;
- 2) Dit que l'offre du candidat Minbar Distribution a été valablement rejetée à l'ouverture des plis par la Commission des marchés ;
- 3) Constate que Monsieur Malick SENE, Docteur vétérinaire, bénéficie d'une autorisation d'exercer à titre privé la médecine vétérinaire ; à ce titre,
- 4) Constate qu'il a conclu avec Fermon Labo un contrat pour assurer la gestion technique de son service de matériel ou médicament vétérinaires, en référence à l'article 37 de la loi n° 2008-07 organisant la profession et la pharmacie vétérinaires au Sénégal ; mais,
- 5) Constate que Monsieur Malick SENE s'est retrouvé en situation de conflit d'intérêts en participant à deux offres concurrentes comme personne ressource pour le compte de Fermon Labo, et comme représentant de Minbar Distribution, en violation des dispositions de l'article 24 du Code des Obligations de l'Administration modifié par la loi n° 2006-16 du 30 juin 2006 ;
- 6) Relève que les fonctions de fabrication, de présentation, d'importation, de conditionnement, de vente en gros et de distribution en gros de médicaments vétérinaires sont incompatibles avec la tenue d'une officine, l'exercice en clientèle privée et la vente au détail de médicaments vétérinaires ; en conséquence,
- 7) Dit que Fermon Labo n'est pas éligible à l'appel d'offres susvisé ;
- 8) Annule l'attribution provisoire du marché ;
- 9) Ordonne la reprise de l'évaluation des offres ;
- 10) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à Soprodel, au Ministère de l'Elevage ainsi qu'à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP