

**DECISION N°210/11/ARMP/CRD DU 17 OCTOBRE 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE FRESENIUS MEDICAL CARE
CONTESTANT LA DECISION D'ATTRIBUTION A CARREFOUR MEDICAL DU
MARCHE DE FOURNITURES RELATIF A L'ITEM 561 AYANT POUR OBJET
72 000 KITS D'HEMODIALYSE ET CONCERNANT L'APPEL D'OFFRES
INTERNATIONAL AOI PNA N°11/2011, LANCE PAR LA PHAR MACIE
NATIONALE D'APPROVISIONNEMENT (PNA).**

**LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES,**

Vu la loi n°65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration modifié par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006 en ses articles 30 et 31 ;

Vu le décret n°2011-1048 du 27 juillet 2011 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, modifié ;

Vu la décision n° 0005/ARMP/CR du 19 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu le recours de Fresenius Medical Care en date du 06 septembre 2011;

Vu la décision n°175/11/ ARMP/CRD du 13 septembre 2011 suspendant la procédure de passation du marché objet de l'appel d'offre international AOI PNA N°11/2011 ;

Après avoir entendu le rapport de Monsieur René Pascal DIOUF, présentant les faits et conclusions des parties ;

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

De MM. Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD, René Pascal DIOUF et Ababacar DIOUF, Chargés des enquêtes sur les procédures de passation et d'exécution des marchés publics et délégations de service public, observateur ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Adopte la présente délibération fondée sur la régularité des différents recours, les faits et moyens exposés ci-après.

Par lettre en date du 06 septembre 2011, Fresenius Medical Care a contesté devant le CRD l'attribution à CARREFOUR MEDICAL de l'item 561 (72 000 kits d'hémodialyse) dans le cadre de l'appel d'offre international de la PNA précité.

LES FAITS

Le 23 février 2011, la Pharmacie Nationale d'Approvisionnement (PNA) a lancé l'appel d'offres international AOI N° 11/2011 pour la fourniture de médicaments, matériels, consommables médico-pharmaceutiques, réactifs de laboratoires, produits dentaires et médicaments antirétroviraux.

Après publication de la décision d'attribution provisoire, le requérant a saisi le CRD pour contester la décision d'attribution à CARREFOUR MEDICAL de l'item précité.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DES RECOURS

Le candidat FRESENIUS MEDICAL CARE a déclaré contester l'attribution de l'article 561 portant sur 72 000 kits d'hémodialyse à la société Carrefour Médical.

Il a exposé avoir appris (dans la parution du journal sénégalais « LE PAYS » du 24 août 2011) que la commission technique a jugé son matériel non conforme car ayant proposé des consommables dont l'utilisation serait dangereuse pour la santé des patients hémodialysés malgré le fait qu'elle est moins disante.

En outre, il a soutenu que l'attributaire du marché litigieux, à savoir Carrefour Médical n'a aucune référence ni expérience pratique dans le domaine de l'hémodialyse au Sénégal ; qu'un secteur aussi sensible que celui de l'Hémodialyse doit être accompagné par des professionnels spécialisés, outillés et capables d'assurer l'entretien, la maintenance et la réparation des équipements fournis afin de garantir la pérennité des infrastructures créés.

SUR LES MOTIFS DONNES PAR LA COMMISSION DES MARCHES

Pour attribuer le marché à CARREFOUR MEDICAL, la commission des marchés a jugé que son offre, 2 808 000 000 FCFA, est moins disante, conforme, outre le fait que le candidat a rempli les critères de qualification.

OBJET DU LITIGE

Il ressort des faits ci-dessus exposés que l'objet du litige porte sur la qualification de CARREFOUR MEDICAL sur l'item 561.

EXAMEN DU LITIGE

Considérant, sur l'item 561, que FRESENIUS MEDICAL CARE a contesté la qualification de Carrefour Médical au motif que celui-ci n'a aucune référence ni expérience pratique dans le domaine de l'hémodialyse au Sénégal, ne dispose pas de professionnels spécialisés, outillés et capables d'assurer durablement l'entretien, la maintenance et la réparation des équipements dont la fourniture est demandée afin de garantir la pérennité des infrastructures créés ;

Considérant qu'il résulte du rapport d'évaluation, (tableau 9a, Vérification de la qualification des soumissionnaires), que la commission des marchés a déclaré le soumissionnaire CARREFOUR MEDICAL réunir les critères de qualification ;

Considérant qu'aux termes de la clause 5.1 des DPAO, en ce qui concerne l'expérience, « *le candidat doit prouver, documentation à l'appui, qu'il satisfait aux exigences d'expérience ci-après : expériences semblables incluant nature et montant des marchés (Un marché durant les cinq dernières années) ainsi que les références auprès des clients et bailleurs de fonds (fournir les justificatifs : attestation de bonne exécution...)* »

Considérant que, si dans l'offre de CARREFOUR la documentation fournie permet de dire que le soumissionnaire dispose de personnels spécialisés, il n'est pas prouvé, document à l'appui, qu'il satisfait à l'exigence d'expérience similaire à l'objet du marché ;

Qu'en effet, dans les références de ses clients, il n'a aucunement fait cas de la fourniture antérieure de kits d'hémodialyse et n'a pas non plus produit de pièces (marchés ou attestations de bonne exécution) de nature à justifier son expérience ;

Qu'ainsi, il n'est pas démontré que CARREFOUR MEDICAL a satisfait au critère de l'expérience semblable incluant nature et montant (un marché durant les cinq dernières années) pour être déclaré qualifié ;

Sur l'impact du critère par rapport à l'exécution correcte du marché

Considérant que les produits et consommables offerts dans le domaine médical, avant toute autorisation de mise sur le marché, pour leur homologation par les Institutions habilitées, obéissent à un ensemble de batteries de pré-tests et de tests devant conclure à l'absence de danger pour leur prescription aux patients et qu'ils présentent toutes les mesures de sécurité requises ;

Qu'il est établi que les processus de fabrication desdits produits ou consommables s'effectuent sur la base de process de fabrication normalisés qui sont certifiés par des organes certificateurs tiers, mondialement reconnus ;

Considérant que l'autorité contractante, dans le cadre de l'expression et de la formalisation de son besoin, a requis des candidats la présentation dans leurs offres des documents attestant du respect, par leur fournisseurs, des normes de fabrication reconnues dans le domaine afin de s'assurer de la qualité des produits et consommables proposés et que CARREFOUR MEDICAL a satisfait à cette exigence ;

Considérant que CARREFOUR MEDICAL agit dans le cadre de cet appel d'offres en qualité d'intermédiaire commercial des produits proposés, sur la base des autorisations de fabricants en bonne et due forme et dans lesquelles ces derniers confirment toutes les garanties techniques, dans le cadre de l'exécution du marché, notamment celles spécifiées dans la clause 27 des CCAG et engagent leur pleine responsabilité quant à leurs respect ;

Considérant que la documentation fournie par CARREFOUR MEDICAL permet de dire qu'il dispose de personnels spécialisés pour assurer l'entretien, la maintenance et la réparation des équipements fournis.

Qu'ainsi, l'attribution du marché à CARREFOUR MEDICAL ne remet pas en cause sa bonne exécution ;

Sur l'intérêt de confirmer la poursuite de la procédure

Considérant qu'aux termes de l'article 2.5 du décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics : « ...elle (ARMP) est chargée de contribuer à la promotion d'un environnement transparent favorable au jeu de la concurrence et au développement des entreprises et de compétences nationales stables et performantes » ;

Considérant, dès lors, qu'il convient d'éviter de formuler des exigences excessivement restrictives, notamment au détriment de candidats locaux qui seraient par ailleurs qualifiés pour assurer les services de distribution et de service après-vente requis ;

Considérant que l'exigence d'expérience similaire à l'objet du marché a longtemps constitué une barrière à l'entrée à ce type de marché notamment pour les entreprises locales et qu'elle conférerait une position de quasi monopole aux fournisseurs de matériels de base ;

Qu'une telle situation, si elle n'est pas corrigée, va hypothéquer les objectifs poursuivis par la réglementation sur les marchés publics relativement à la création d'un environnement concurrentiel ; qu'une telle situation est également propice au développement d'ententes illicites notamment entre fournisseurs de matériels de base en vue d'un partage du marché ;

Considérant, en outre, qu'avec l'attribution du marché à CARREFOUR MEDICAL, l'autorité contractante réalise un gain d'un milliard deux cent vingt quatre millions (1 224 000 000) de francs CFA relativement aux offres des concurrents directs de l'attributaire provisoire, soit une diminution des coûts d'acquisition des kits d'hémodialyse de l'ordre de 30% offerte par une concurrence saine et loyale ;

Qu'ainsi, avec la poursuite de la procédure par l'attribution du marché à CARREFOUR MEDICAL, il est réalisé non seulement des gains économiques importants, mais encore un progrès décisif dans l'accès aux soins et la prise en charge des malades hémodialisés ;

Qu'en conséquence, il doit être poursuivi l'attribution du marché relatif aux kits d'hémodialyse objet de l'item 561 ; en conséquence,

DECIDE

- 1) Constate que sur l'item 561, CARREFOUR MEDICAL a été déclaré attributaire provisoire alors qu'il n'est pas établi, document à l'appui, qu'il a satisfait à l'exigence d'expérience similaire à l'objet du marché ;
- 2) Dit que la non satisfaction du critère ne remet pas en cause la bonne exécution du marché ;

- 3) Dit que l'attribution du marché à CARREFOUR MEDICAL permet de lever une barrière à l'entrée pour une attribution concurrentielle de ce type marché ;
- 4) Dit également que l'attribution du marché à CARREFOUR MEDICAL améliore, de manière décisive, l'accès des malades hémodialysés aux soins par une baisse des coûts du kit de plus de 30 % ;
- 5) Confirme l'attribution provisoire de l'item 561 à CARREFOUR MEDICAL ;
- 6) Ordonne la poursuite de la procédure sur cet item ;
- 7) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à Fresenius Medical Care, à la PNA ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA