



Copie certifiée
Conforme à l'original

DECISION N°018/2015/ANRMP/CRS DU 01 JUILLET 2015 SUR LE RECOURS
DE L'ENTREPRISE VAMED ENGINEERING GmbH & CO KG CONTESTANT
LES RESULTATS DE L'APPEL D'OFFRES RESTREINT N°RT33/2015
PORTANT SUR LES ETUDES, CONSTRUCTION ET EQUIPEMENT
DU CENTRE NATIONAL DE RADIOTHERAPIE A ABIDJAN

LA CELLULE RECOURS ET SANCTIONS STATUANT EN MATIERE DE DIFFERENDS OU DE LITIGES ;

Vu le décret n°2009-259 du 6 août 2009 portant Code des Marchés Publics, tel que modifié par le décret n°2014-306 du 27 mai 2014 ;

Vu le décret n°2009-260 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics (ANRMP), tel que modifié par le décret n°2013-308 du 08 mai 2013 ;

Vu le décret n°2010-64 du 27 avril 2010 portant nomination des membres de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics ;

Vu le décret n°2014-242 du 08 mai 2014 portant nomination du Président de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics ;

Vu le décret n°2014-243 du 08 mai 2014 portant nomination du Secrétaire Général de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics ;

Vu l'arrêté n°661/MEF/ANRMP du 14 septembre 2010 fixant les modalités de saisine, les procédures d'instruction et de décision de la Cellule Recours et Sanctions de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics (ANRMP) ;

Vu la requête de l'entreprise VAMED ENGINEERING GmbH & CO KG en date du 10 juin 2015 ;

Vu les écritures et pièces du dossier ;

En présence de Monsieur COULIBALY Non Karna, Président de la Cellule et de Messieurs AKO Yapi Eloi, TUEHI Ariel Christian Trésor et YEPIE Auguste, membres ;

Assistés de Monsieur BILE Abia Vincent, Secrétaire Général Adjoint chargé des Recours et Sanctions, Rapporteur ;

Après avoir entendu le rapport de Monsieur BILE Abia Vincent exposant les faits, moyens et conclusions des parties ;

Après avoir délibéré conformément à la loi ;

Par correspondance en date du 10 juin 2015, enregistrée le même jour au Secrétariat Général de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics (ANRMP) sous le n°153, l'entreprise VAMED ENGINEERING GmbH & CO KG a saisi l'ANRMP à l'effet de contester les résultats de l'appel d'offres restreint n°RT33/2015 portant sur les études, la construction et l'équipement du Centre National de Radiothérapie à Abidjan, organisé par le Ministère de la Santé et de la Lutte contre le Sida (MSLS) ;

LES FAITS ET LA PROCEDURE

Le Ministère de la Santé et de la Lutte contre le Sida (MSLS) a organisé l'appel d'offres restreint n°RT33/2015 portant sur les études, la construction et l'équipement du Centre National de Radiothérapie à Abidjan ;

Cet appel d'offres restreint, financé sur le budget du MSLS, est constitué d'un lot unique ;

A cet effet, le Ministère de la Santé et de la Lutte contre le Sida a, par correspondance en date du 16 février 2015, adressé au Ministre auprès du Premier Ministre chargé du Budget, une demande d'autorisation pour l'organisation d'une consultation restreinte pour la réalisation du Centre de Radiothérapie d'Abidjan ;

En retour, par correspondance en date du 26 février 2015, le Ministre auprès du Premier Ministre chargé du Budget a autorisé l'organisation de la consultation restreinte sollicitée avec les entreprises suivantes :

- AGENTIS ;
- VAMED ENGINEERING GmbH & Co KG ;
- SIMED INTERNATIONAL;

Par la suite, par correspondance en date du 04 mars 2015, l'autorité contractante a invité les entreprises admises sur la liste restreinte à déposer leur soumission au plus tard le lundi 13 avril 2015 à partir de 10 heures ;

La séance d'ouverture des plis a eu lieu le 28 avril 2015, après un report de date de deux semaines, par la Commission d'Ouverture des plis et de Jugement des Offres (COJO) composée comme suit :

| | | |
|----------------------|-------------------|------------|
| - KOUASSI T. Francis | DAF/MSLS | Président |
| - KONE Yaya | MSLS/DAF | Membre |
| - SANGARE Amara | SGPR/PR | Membre |
| - ADEBA Emmanuel | DIEM/MSLS | Membre |
| - AMEMOU Marcelin | DIEM/MSLS | Membre |
| - ZADI Gogo Igor | DGBF/DCF/CF Santé | Membre |
| - SERY Claude | BNETD/DMAJ | Rapporteur |

A cette séance, seules les entreprises AGENTIS et VAMED ENGINEERING GmbH & Co KG ont soumissionné ;

A l'issue de la séance de jugement en date du 7 mai 2015, l'entreprise AGENTIS a été déclarée attributaire provisoire du marché pour un montant total de treize milliards soixante-deux millions six cent mille (13.062.600.000) francs CFA ;

Par correspondance n°1922/2015/MPMB/DGBF/DMP/13 du 26 mai 2015, la Direction des Marchés Publics (DMP) a marqué son avis de non objection sur les résultats provisoires, et a autorisé la poursuite des opérations, conformément aux articles 77 à 81 du Code des marchés publics, afin de parvenir à l'approbation du marché en vue de son exécution par le prestataire retenu ;

Toutefois, la DMP a relevé dans sa correspondance, l'absence d'accord de groupement entre les entreprises T2S, CMM, OMNIUM TECHNOLOGIQUE, MALTI et la société AGENTIS en ces termes : « *Toutefois, aucun accord de groupement n'a été signé avec les autres entreprises associées à l'entreprise AGENTIS qui d'ailleurs ne figurent pas sur la liste autorisée pour la consultation restreinte. En conséquence, elles doivent être considérées comme des sous-traitants à agréer par le maître d'ouvrage dans la limite du taux réglementaire, conformément aux dispositions de l'article 53 du Code des marchés publics* » ;

En outre, en raison de l'absence d'un montant sur l'attestation de préfinancement de la société AGENTIS, la DMP a invité l'autorité contractante à engager des négociations en vue d'assurer la mise en place d'un plan de financement de l'opération ;

Par correspondance n°DMAJ/DH/sgmc/00002675/2015 en date du 29 mai 2015, le Maître d'œuvre, le BNETD, a notifié à l'entreprise VAMED ENGINEERING GmbH & Co KG, les résultats de l'appel d'offres restreint ;

Estimant que ces résultats lui font grief, l'entreprise VAMED ENGINEERING GmbH & Co KG a introduit le 02 juin 2015 un recours gracieux auprès de l'autorité contractante ;

En retour, par correspondance du 09 juin 2015, l'autorité contractante a rejeté ledit recours gracieux ;

Face au rejet de son recours gracieux par l'autorité contractante, l'entreprise VAMED ENGINEERING GmbH & Co KG a saisi l'ANRMP, le 10 juin 2015, d'un recours non juridictionnel aux fins de contester les résultats de cet appel d'offres restreint et de dénoncer des irrégularités qui y auraient été commises ;

LES MOYENS DE LA REQUETE

A l'appui de sa requête, l'entreprise VAMED ENGINEERING GmbH & Co KG fait grief à l'autorité contractante d'avoir attribué le marché à l'entreprise AGENTIS pour un montant de 13 milliards alors que pour le même niveau de prestation, elle a proposé dans sa lettre de soumission un prix de 11.479.247.500 FCFA ;

En outre, la plaignante soutient que la signature du procès-verbal de jugement des offres par le Docteur SANGARE Amara alors que ce dernier n'est pas un membre statutaire de la COJO, entache les délibérations d'irrégularités ;

Par ailleurs, l'entreprise VAMED ENGINEERING GmbH & Co KG conteste la capacité financière de la société AGENTIS et affirme que celle-ci a constitué un groupement d'entreprises pour soumissionner à cet appel d'offres sans produire dans son offre la convention de groupement la liant à ses partenaires ;

Enfin, la plaignante fait grief à la COJO d'avoir fait une évaluation inadéquate de l'expérience spécifique de construction présentée par l'entreprise AGENTIS ;

LES MOTIFS FOURNIS PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

Invitée à faire ses observations sur les griefs relevés à son encontre, l'autorité contractante soutient, par correspondance n°1359/MSLS/CAB/DAF/SDM/KTF du 19 juin 2015, que les deux soumissionnaires ayant été jugés techniquement conformes, le choix de la COJO a porté sur le soumissionnaire présentant l'offre financière la plus économique pour l'autorité contractante ;

LES OBSERVATIONS EMISES PAR LA SOCIETE AGENTIS

Dans le cadre du respect du principe du contradictoire, l'ANRMP a, par correspondance n°0652/15/ANRMP/SG/SGA-RS du 23 juin 2015, invité la société AGENTIS, attributaire du marché, à faire valoir ses observations sur les griefs relevés par la requérante ;

En retour, la société AGENTIS a, dans sa correspondance en date du 25 juin 2015, transmis à l'ANRMP la liste exhaustive des projets importants qu'elle a réalisés et qui démontrent l'étendue de son expérience et sa capacité technique dans le domaine médical en général et, plus particulièrement, dans le secteur de l'Oncologie ainsi que de la médecine nucléaire ;

En outre, cette société a transmis une attestation de capacité financière de la BMCE-BANK renouvelant son soutien pour le projet du Centre National de Radiothérapie à Abidjan ;

SUR L'OBJET DU LITIGE

Il ressort des faits et moyens ci-dessus exposés que le litige porte sur la composition de la COJO d'une Administration centrale de l'Etat et sur l'analyse des critères de capacité financière et de conformité technique au regard du dossier d'Appel d'Offres ;

SUR LA RECEVABILITE

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 167 du décret n°2009-259 en date du 6 août 2009 portant Code des marchés publics, « **Les soumissionnaires s'estimant injustement évincés des procédures soumises aux dispositions du présent code peuvent introduire un recours formel, préalable à l'encontre des décisions rendues, leur causant préjudice, devant l'autorité à l'origine de la décision contestée (...).** »

Ce recours doit être exercé dans les 10 jours ouvrables de la publication ou de la notification de la décision ou du fait contesté » ;

Qu'en l'espèce, il est constant que l'autorité contractante a notifié les résultats de l'appel d'offres à l'entreprise VAMED ENGINEERING GmbH & Co KG, le 29 mai 2015 ;

Qu'ainsi, en saisissant l'autorité contractante d'un recours gracieux le 02 juin 2015, soit le 2^{ème} jour ouvrable qui a suivi, la requérante s'est conformée aux dispositions de l'article 167 précité ;

Considérant par ailleurs, qu'aux termes de l'article 168.1 du Code des marchés publics, ***« Les décisions rendues, au titre du recours visé à l'article précédent, peuvent faire l'objet d'un recours effectif devant l'Autorité de régulation dans un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la publication ou de la notification de la décision faisant grief.***

En l'absence de décision rendue par l'autorité à l'origine de la décision contestée ou le supérieur hiérarchique le cas échéant, dans les cinq (5) jours ouvrables à compter de sa saisine, la requête est considérée comme rejetée. Dans ce cas, le requérant peut saisir l'Autorité de régulation dans le délai visé à l'alinéa précédent » ;

Qu'en l'espèce, l'autorité contractante qui disposait d'un délai de cinq (5) jours ouvrables expirant le 09 juin 2015, pour répondre au recours gracieux de l'entreprise VAMED ENGINEERING GmbH & Co KG, lui a notifié le rejet de son recours par correspondance en date du 09 juin 2015, soit le dernier jour du délai imparti ;

Qu'à compter de cette date, la requérante disposait à son tour d'un délai de cinq (5) jours ouvrables, expirant le 16 juin 2015, pour exercer son recours non juridictionnel ;

Qu'en introduisant son recours non juridictionnel le 10 juin 2015, soit le premier jour imparti pour le faire, la requérante a respecté les délais prescrits ;

Qu'un tel recours est par conséquent recevable comme étant conforme aux dispositions réglementaires ;

SUR LE BIEN FONDE

Considérant qu'aux termes de sa requête, l'entreprise VAMED ENGINEERING GmbH & Co KG relève les griefs suivants :

- la signature du procès-verbal de jugement des offres par le Docteur SANGARE Amara alors que ce dernier n'est pas un membre statutaire de la COJO ;
- la constitution par la société AGENTIS d'un groupement non justifié par une convention de groupement ;
- le non-respect du critère de la capacité financière par la société AGENTIS ;
- le non-respect du critère de l'expérience spécifique en construction par l'entreprise AGENTIS ;

1) Sur la composition de la COJO

Considérant que la plaignante soutient que la signature des procès-verbaux d'ouverture des plis et de jugement des offres par le Docteur SANGARE Amara, entache la procédure d'irrégularités au motif que celui-ci n'est pas un membre statutaire de la COJO ;

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 43.2 du Code des marchés publics, « **Si l'autorité contractante est une administration centrale de l'Etat, un service à compétence nationale de l'Etat, un établissement public national ou un projet, la Commission visée à l'article 43.1 ci-dessus est composée de la façon suivante :**

- **le responsable de la cellule de passation des marchés publics ou son représentant, président ;**
- **un représentant de l'autorité contractante ou du maître d'ouvrage, ou du maître d'ouvrage délégué s'il existe, rapporteur ;**
- **un représentant du maître d'œuvre s'il existe. Dans ce cas, ce représentant assure les fonctions de rapporteur ;**
- **un représentant du ou de chacun des services utilisateurs ;**
- **un représentant du ministère exerçant une tutelle sur l'objet de la dépense, le cas échéant ;**
- **le contrôleur financier ou le contrôleur budgétaire placé auprès de l'autorité contractante ou son représentant » ;**

Qu'en l'espèce, il ressort de l'examen des procès-verbaux d'ouverture des plis et de jugement des offres en date respectivement du 28 avril 2015 et du 7 mai 2015, que ceux-ci ont été signés par le Docteur SANGARE Amara, en tant que membre de la COJO, au titre de représentant du Secrétariat Général de la Présidence de la République ;

Que toutefois, l'analyse des dispositions de l'article 43.2 du Code des marchés publics précité, ne permet pas de justifier la présence d'un représentant du Secrétariat Général de la Présidence de la République comme membre de la COJO pour l'appel d'offres organisé par le Ministère de la Santé et de la Lutte contre le SIDA ;

Que dès lors, la participation du représentant du Secrétariat Général de la Présidence de la République, à la prise de la décision d'attribution, manifestée par l'apposition de sa signature sur le procès-verbal de jugement a entaché les travaux de la COJO d'une irrégularité ;

Qu'il y a lieu en conséquence de constater que la composition de la COJO viole la réglementation des marchés publics et rend les délibérations nulles et de nul effet. (Cf décision n°011/2011/ANRMP/CRS du 05 décembre 2011) ;

2) Sur la constitution par la société AGENTIS d'un groupement pour soumissionner

Considérant que la plaignante fait grief à la COJO d'avoir évalué l'offre technique de la société AGENTIS en la considérant comme étant en groupement, alors que cette dernière n'a pas produit de convention de groupement ;

Qu'en l'espèce, il ressort de l'examen de l'offre de la société AGENTIS qu'elle a produit des pièces tant administratives que techniques des entreprises T2S, CMM, OMNIUM

TECHNOLOGIQUE, MALTI, qui ont toutes renseigné le formulaire relatif aux membres d'un groupement ;

Qu'en outre, dans le rapport d'analyse validé par la COJO, aux termes de ses délibérations en date du 7 mai 2015, il a été fait référence au groupement constitué par la société AGENTIS concernant la capacité financière, ce qui a justifié le fait que la COJO lui ait attribué une capacité de financement d'un montant total de 17.511.117.825 F CFA, en prenant en compte la capacité de financement de la société T2S ;

Que cependant, il ne résulte du dossier de la procédure, aucune pièce justifiant qu'une convention ait été signée par les différents partenaires de la société AGENTIS ;

Qu'en tout état de cause, une telle convention de groupement ne saurait être admise en l'espèce, dans la mesure où il s'agit d'un appel d'offres restreint aux termes duquel l'entreprise AGENTIS a été autorisée à soumissionner seule et non en groupement ;

Qu'il y a lieu de déclarer ce grief de la plaignante bien fondée ;

3) Sur le non-respect du critère de la capacité financière par la société AGENTIS

Considérant que la plaignante reproche à la COJO d'avoir déclaré l'offre de la société AGENTIS conforme au niveau du critère de la capacité financière alors que cette société n'a pas les qualifications requises sur ce point ;

Qu'il est constant, aux termes de la sous-section III-2 relative aux critères de qualification, que le candidat doit fournir la preuve écrite qu'il a « accès à des financements bancaires tels que des avoirs liquides, lignes de crédits ou autres à hauteur d'au moins **dix (10) milliards** de francs CFA » ;

Qu'en l'espèce, la société AGENTIS a présenté un tableau de trois sources de financement pour un montant total de 10.086.000.000 FCFA justifié par des attestations émises par les banques suivantes :

- Banque BMCE BANK en date du 09/04/2015
- Banque BMCI en date du 09/04/2015
- Banque Finea ;

Que toutefois, aucune des attestations de capacité financière produites par la société AGENTIS ne mentionne de montant ;

Qu'en outre, l'attestation de capacité financière de la Banque Finea n'a pas été fournie ;

Que pourtant, le formulaire FIN 2.4 du DAO relatif à l'attestation de capacité financière prévoit bien la mention du montant de la ligne de découvert dont le soumissionnaire pourrait bénéficier de la part de sa banque ;

Considérant qu'en l'espèce, les attestations de capacité financière établies par les banques au profit de la société AGENTIS ne mentionnant pas de montant, la COJO ne disposait donc d'aucun élément pour apprécier sa capacité financière à exécuter le marché ;

Que par conséquent, en se contentant uniquement de la simple déclaration de la Société AGENTIS pour apprécier sa capacité financière, la COJO a violé les dispositions du DAO de sorte que sa décision encourt annulation de ce chef ;

4) Sur le non-respect du critère de l'expérience spécifique de construction par l'entreprise AGENTIS

Considérant que la plaignante reproche à la COJO d'avoir déclaré l'offre de la société AGENTIS conforme au niveau du critère de la capacité technique alors que celle-ci n'a pas justifié son expérience spécifique en matière construction ;

Qu'il est constant aux termes de la sous-section III-2, critères de qualification, que le candidat doit prouver « **avoir effectivement exécuté en tant qu'entrepreneur principal au moins un projet de réalisation d'une infrastructure sanitaire de référence au cours des cinq (5) dernières années qui a été exécuté de manière satisfaisante et terminé, pour l'essentiel, et qui est similaire aux travaux proposés** » ;

Qu'en l'espèce, il ressort de l'examen de l'offre de la société AGENTIS qu'elle a présenté la référence technique de la société CMM au niveau du critère de l'expérience spécifique en construction ;

Qu'aux termes de son bordereau d'envoi en date du 30 juin 2015, le BNETD, agissant en qualité de maître d'œuvre, a présenté la société CMM comme étant le sous-traitant de l'entreprise AGENTIS, tout en précisant que la partie sous-traitée correspond à 39,74% du montant des prestations ;

Considérant qu'aux termes de l'IC 36.3, « **Lorsque l'appel d'offres n'a pas été précédé d'une pré-qualification, le Maître de l'Ouvrage, le maître d'ouvrage délégué ou le maître d'œuvre pourra autoriser que certaines travaux spécialisés soient sous-traités, ainsi qu'indiqué à la Section III 1.2 Expérience. En un tel cas, l'expérience des sous-traitants spécialisés sera prise en compte aux fins d'évaluation de la qualification du Soumissionnaire conformément aux dispositions de la section III relative à la qualification des sous-traitants** » ;

Qu'en outre, dans les Données Particulières de l'Appel d'Offres (DPAO), il a été mentionné à la section III-1.3 relatif aux sous-traitants spécialisés : « **AVEC L'ACCORD DE L'AUTORITE CONTRACTANTE** » ;

Que cependant, nulle part dans le DAO il n'a été spécifié les travaux spécialisés visés par l'article 36.3 des IC, de nature à permettre d'apprécier non seulement si la part sous-traitée excède ou non le seuil réglementaire de sous-traitance fixé par l'article 53.3 du Code des marchés publics à 40% du montant du marché, mais également la qualité de sous-traitant spécialisé ;

Qu'en effet, rien ne permet de savoir que la société CMM a la qualité de sous-traitant spécialisé, afin que son expérience spécifique soit prise en compte dans l'évaluation de l'offre de la société AGENTIS ;

Qu'il en résulte, manifestement, quela prise en compte de l'expérience de la société CMM commesous-traitant dans l'évaluation de l'offre technique de la société AGENTIS est dépourvue de fondement juridique ;

Qu'il convient donc de déclarer la plaignante bien fondée sur ce chef de demande ;

DECIDE :

- 1) Déclare le recours introduit le 10 juin 2015 par l'entreprise VAMED ENGINEERING GmbH& Co KG recevable en la forme ;
- 2) Constate que la composition de la COJO viole la réglementation des marchés publics ;
- 3) Constate que c'est à tort que la COJO a déclaré l'offre de la société AGENTIS conforme au niveau des capacités technique et financière ;
- 4) Déclare l'entreprise VAMED ENGINEERING GmbH& Co KG bien fondée en sa contestation;
- 5) Ordonne en conséquence, l'annulation des résultats de l'appel d'offres restreint n°RT33/2015 et la reprise de la procédure de passation du marché en cause ;
- 6) Dit que le Secrétaire Général de l'ANRMP est chargé de notifier l'entreprise VAMED ENGINEERING GmbH& Co KG, au Ministère de la Santé et de la Lutte contre le Sida et à la société AGENTIS, avec ampliation à la Présidence de la République et au Ministère auprès du Premier Ministre chargé du Budget, la présente décision qui sera publiée sur le portail des marchés publics et insérée dans le Bulletin Officiel des Marchés Publics à sa prochaine parution.

LE PRESIDENT

COULIBALY NON KARNA