



**Copie certifiée
Conforme à l'original**

**DECISION N°029/2019/ANRMP/CRS DU 16 SEPTEMBRE 2019 SUR LE RECOURS DE
L'ENTREPRISE AIR LIQUIDE CONTESTANT LES RESULTATS DE L'APPEL D'OFFRES
N°F40/2019, RELATIF A LA FOURNITURE DES GAZ MEDICAUX AU CENTRE
HOSPITALIER ET UNIVERSITAIRE (CHU) DE TREICHVILLE**

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

Vu l'ordonnance n°2018-594 du 27 juin 2018 portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics ;

Vu le décret n°2009-259 du 6 août 2009 portant Code des marchés publics, tel que modifié par les décrets n°2014-306 du 27 mai 2014 et n°2015-525 du 15 juillet 2015 ;

Vu le décret n°2018-658 du 1^{er} août 2018 portant nomination des membres du Conseil de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics ;

Vu le décret n°2018-668 du 03 août 2018 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 correspondance en date du 29 juillet 2019 de l'entreprise AIR LIQUIDE ;

Vu les écritures et pièces du dossier ;

En présence de Monsieur COULIBALY Yacouba Pénagnaba, Président de la Cellule, de Madame Kouassi Yao Monie Epse TCHRIFFO et de Messieurs COULIBALY Souleymane, COULIBALY Zoumana, DELBE Zirignon Constant, et YOBOUA Konan André, Membres ;

Assistés de Monsieur ADOU Kouassi Félix, Secrétaire Général Adjoint chargé des Etudes et Audits Indépendants, Rapporteur assurant l'intérim de Monsieur BILE Abia Vincent ;

Après avoir entendu le rapport de Monsieur ADOU Kouassi Félix exposant les faits, moyens et conclusions des parties ;

Après avoir délibéré conformément à la loi ;

Par correspondance, en date du 23 juillet 2019, enregistrée le 29 juillet 2019 au Secrétariat Général de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics (ANRMP) sous le numéro 0272, l'entreprise AIR LIQUIDE a saisi l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics (ANRMP), à l'effet de contester les résultats de l'appel d'offres n°F40/2019, relatif à la fourniture des gaz médicaux au Centre Hospitalier et Universitaire (CHU) de Treichville ;

LES FAITS ET LA PROCEDURE

Le CHU de Treichville a organisé l'appel d'offres n°F40/2019 relatif à la fourniture des gaz médicaux, financé sur son budget au titre de la gestion 2019 et constitué d'un lot unique ;

A la séance d'ouverture des plis qui s'est tenue le 26 avril 2019, les entreprises SOACI SN et AIR LIQUIDE ont soumissionné ;

A l'issue de l'analyse des offres techniques, aucun soumissionnaire n'était techniquement conforme ;

Aussi, la Commission d'Ouverture des plis et de Jugement des Offres a-t-elle sollicité, par correspondance en date du 29 mai 2019, l'autorisation de la Direction des Marchés Publics pour procéder à une attribution par voie de consensus ;

Par correspondance en date du 21 juin 2019, la Direction des Marchés Publics a fait droit à cette demande, et a invité l'autorité contractante à convoquer à nouveau, la Commission d'Ouverture des plis et de Jugement des Offres, afin de procéder à l'attribution du marché par voie de consensus ;

Ainsi, à l'issue de la séance de jugement, qui s'est tenue le 2 juin 2019, la Commission d'Ouverture des plis et de Jugement des Offres (COJO) a décidé d'attribuer par consensus, le marché à l'entreprise SOACI SN pour un montant de cent trente-trois millions six cent soixante-dix mille (133.670.000) FCFA ;

Les résultats de cet appel d'offres ont été notifiés à l'entreprise AIR LIQUIDE par correspondance en date du 1^{er} juillet 2019 ;

Estimant que la décision de la COJO lui cause un grief, l'entreprise AIR LIQUIDE a saisi le CHU de Treichville d'un recours gracieux le 15 juillet 2019 ;

Face au silence gardé par l'autorité contractante, la requérante a introduit, par correspondance réceptionnée le 29 juillet 2019, un recours non juridictionnel auprès de l'ANRMP à l'effet de contester les résultats de cet appel d'offres ;

LES MOYENS DE LA REQUETE

Aux termes de sa requête, l'entreprise AIR LIQUIDE conteste le choix de son concurrent SAOCI SN par la COJO au motif que celui-ci a proposé un certificat d'analyse de gaz à usage médical de plus de deux (02) mois contrairement aux clauses du dossier d'appel d'offres qui exigeaient un certificat de moins de deux (02) mois ;

La requérante soutient que lors de la séance d'ouverture des plis, la COJO a opposé une fin de non-recevoir à l'entreprise SOACI SN qui, prétextant d'une erreur sur ledit certificat, a voulu le remplacer ;

La requérante s'étonne donc que l'entreprise SOACI SN ait été attributaire malgré que le défaut de production de cette pièce soit une cause de rejet de l'offre aux termes du dossier d'appel d'offres ;

LES MOTIFS FOURNIS PAR LE CHU DE TREICHVILLE

Invitée par l'ANRMP à faire ses observations, l'autorité contractante, dans sa correspondance en date du 29 août 2019, s'est contentée de transmettre les pièces relatives aux travaux de la Commission d'Ouverture des plis et de Jugement des Offres ;

SUR L'OBJET DU LITIGE

Il ressort des faits et moyens ci-dessus exposés que le litige porte sur l'appréciation des conditions d'attribution d'un marché au regard des critères de qualification et d'évaluation 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 tel que modifié par les décrets n°2014-306 du 27 mai 2014 et n°2015-525 du 15 juillet 2015, « **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 les résultats de l'appel d'offres ont été notifiés à l'entreprise AIR LIQUIDE par correspondance en date du 1^{er} juillet 2019 ;

Qu'ainsi, en saisissant l'autorité contractante d'un recours gracieux le 15 juillet 2019, soit le dixième (10^{ème}) jour ouvrable qui a suivi, l'entreprise AIR LIQUIDE 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 précité, « **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, le CHU de Treichville disposait d'un délai de cinq (5) jours ouvrables expirant le 22 juillet 2019, pour répondre aux recours gracieux de l'entreprise AIR LIQUIDE ;

Que le silence gardé par l'autorité contractante valant rejet du recours gracieux, la requérante disposait, à son tour, d'un délai de cinq (05) jours ouvrables expirant le 29 juillet 2019, pour exercer son recours non juridictionnel ;

Qu'en introduisant son recours non juridictionnel auprès de l'ANRMP le 29 juillet 2019, soit le cinquième (5^{ème}) jour ouvrable qui a suivi, la requérante s'est conformée à la réglementation ;

Que son recours est donc recevable ;

SUR LE BIEN FONDE DE LA SAISINE

Considérant que la requérante reproche à la COJO d'avoir attribué le marché à l'entreprise SOACI SN alors que celle-ci a produit dans son offre un certificat d'analyse de gaz à usage médical de plus de deux (02) mois contrairement aux clauses du dossier d'appel d'offres qui exigeait un certificat de moins de deux (02) mois ;

Que la requérante soutient que le défaut de production de cette pièce est une cause de rejet de l'offre aux termes du dossier d'appel d'offres ;

Qu'en réponse à ces griefs, l'autorité contractante s'est contentée de transmettre à l'ANRMP les pièces relatives aux travaux de la Commission d'Ouverture des plis et de Jugement des Offres (COJO) ;

Considérant qu'aux termes des dispositions de la clause IC 5.1 des données particulières de l'appel d'offres relative à la capacité technique et expérience : « **Le candidat doit prouver, documentation à l'appui qu'il satisfait aux exigences de capacité technique ci-après :**

1. ... ;

2. fournir au moins un (1) fiche d'analyse de conformité technique des gaz médicaux délivrées par le Laboratoire National de la Santé Publique (LNSP) datant de moins de deux (2) mois à la date d'ouverture des plis, sinon rejet » ;

Qu'en l'espèce, à l'examen de l'offre de l'entreprise SOACI SN, il ressort que celle-ci a produit un certificat d'analyse de gaz à usage médical n°30627-1/1-LNSP-2019 délivré par le Laboratoire National de la Santé Publique (LNSP), dans lequel il est mentionné : « **date de réalisation de l'analyse 02 juillet 2018** » ;

Qu'ainsi, à la date d'ouverture des plis, la date de validité de ce certificat avait expiré ;

Considérant cependant que, l'entreprise SOACI SN avait déclaré à la COJO lors de la séance publique d'ouverture des plis qu'une erreur indépendante de sa volonté a été faite par le LNSP sur la date de réalisation de l'analyse de conformité technique des gaz médicaux qu'elle a produite dans son offre ;

Que suite à cette déclaration, la COJO a sollicité des éclaircissements au LNSP qui par correspondance n°0296/MSHP/CAB/CPMP du 03 mai 2019 a indiqué que la date de réalisation de l'analyse de gaz à usage médical figurant sur le certificat qu'il a délivré à l'entreprise SOACI SN est erronée et que l'analyse a bien été faite le 24 avril 2019 ;

Qu'au regard de cette réponse, la COJO a admis la substitution du certificat litigieux par un nouveau certificat présentant une date de réalisation de l'analyse au 24 avril 2019 ;

Considérant qu'aux termes de l'article 84 du Code des marchés publics, « **L'ouverture des plis se fait conformément aux principes posés par les articles 68 et 69 ci-dessus. Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats et aucune modification des offres ou des prix ou des conditions de concurrence ne peut être demandée, offerte ou autorisée.**

La Commission peut toutefois corriger les erreurs purement arithmétiques découvertes au cours de l'examen des offres et peut demander aux candidats de préciser la teneur de leurs offres afin d'en faciliter l'examen, l'évaluation et la comparaison. Cette demande doit être faite par écrit dans le respect strict du règlement particulier de l'appel d'offres et des cahiers des charges. La

réponse doit également être adressée par écrit. La Commission procède ensuite à une évaluation détaillée en fonction des critères établis conformément aux articles 70 et 71 du présent code » ;

Qu'en outre, l'article 70.2 paragraphe 5 du Code des marchés publics dispose que « **Le rapporteur ne peut interroger les soumissionnaires que pour leur faire préciser la teneur de leurs offres. Il est tenu de le faire par écrit. Pour être prises en compte, les réponses écrites faites par les soumissionnaires ne peuvent modifier les éléments précédemment fournis se rapportant au prix ou rendre conforme une offre non conforme** » ;

Que dès lors, il résulte des dispositions combinées de ces deux articles qu'il est possible d'apporter des modifications à une offre à l'issue de la séance d'ouverture des plis, notamment lorsqu'elles consistent à corriger des erreurs matérielles, à condition qu'elles n'aient pas pour effet de rendre conforme une offre non conforme ;

Considérant qu'en l'espèce, la correction porte sur une erreur matérielle découverte au cours de l'examen sommaire des offres à l'ouverture des plis, laquelle est imputable au LNSP ;

Qu'en effet, par correspondance n°0296/MSHP/CAB/CPMP du 03 mai 2019, adressée à Monsieur KOUASSI T. Francis, Responsable de la Cellule de Passation des Marchés Publics du Ministère de la Santé et de l'Hygiène Publique, le LNSP a affirmé que « *nous vous confirmons que la date de réalisation de l'analyse figurant sur le rapport est erronée. En effet, l'analyse a bien été faite le 24 avril 2019* » ;

Que dès lors, il apparaît que c'est par inadvertance que le LNSP a inscrit la date du 02 juillet 2018 au lieu du 24 avril 2019 sur le certificat d'analyse de gaz à usage médical ;

Que par ailleurs, pour corriger son erreur, le LNSP a délivré un nouveau certificat d'analyse avec pour date de réalisation le 24 avril 2019 ;

Qu'ainsi, en admettant le nouveau certificat d'analyse rectifiant l'erreur commise par le LNSP, la COJO n'a commis aucune irrégularité, en ce que la modification apportée n'a pas eu pour vocation de rendre conforme l'offre de l'entreprise SOACI SN, puisque la date de réalisation de l'analyse de gaz à usage médical est effectivement le 24 avril 2019, de sorte qu'à la date d'ouverture des plis, la date de validité de ce certificat n'avait pas expiré ;

Que c'est donc à bon droit que la COJO a admis le certificat d'analyse de gaz à usage médical de l'entreprise SOACI SN ;

Qu'en tout état de cause, l'examen du rapport d'analyse fait ressortir que les offres des entreprises SOACI SN et AIR LIQUIDE ont été évaluées comme étant non conformes ;

Qu'en outre, le procès-verbal de jugement en date du 02 juin 2019 indique que la COJO a eu recours à la procédure d'attribution par consensus pour procéder au choix de l'attributaire du marché, en application de l'article 45.4 du Code des marchés publics ;

Considérant qu'aux termes des dispositions de cet article, « **Les décisions de la Commission sont prises conformément aux dispositions du dossier d'appel d'offres et en conformité avec les dispositions réglementaires en vigueur. Lorsque dans des cas particuliers il n'est pas possible d'attribuer le marché en application stricte des critères du règlement particulier d'appel d'offres, la Commission décidera par consensus.**

Dans ces cas, cette décision est soumise à l'avis préalable de la structure administrative chargée des marchés publics » ;

Qu'en outre, aux termes des dispositions de l'article 45.5 du Code des marchés publics, « **La décision de la Commission d'ouverture des plis et de jugement des offres ne peut avoir pour effet de déroger à l'un des principes fondamentaux des marchés publics** » ;

Qu'il résulte des dispositions susvisées, que le mécanisme d'attribution par consensus est dérogatoire des règles objectives du dossier d'appel d'offres et rend par conséquent la COJO souveraine dans la définition des nouveaux critères d'attribution à condition qu'ils n'aient pas pour effet de déroger à l'un des principes fondamentaux des marchés publics ;

Qu'il revient dans ce cas à la Direction des Marchés Publics, en tant que structure de contrôle, de veiller à ce que la décision qui sera prise protège les intérêts de l'acheteur public et présente le meilleur rapport qualité-coût ;

Considérant que dans le cas d'espèce, il ressort des pièces du dossier que la COJO, après avoir constaté qu'aucune des entreprises ne satisfaisait aux critères de qualification et d'évaluation définis dans le dossier d'appel d'offres, et vu l'importance des gaz médicaux dans le milieu hospitalier, a sollicité le recours au consensus par correspondance n°0350/MSHP/CAB/CPMP du 29 mai 2019 ;

Qu'en retour, la Direction des Marchés Publics a fait droit à sa demande en l'y autorisant par correspondance n°2770/2019/SEPMBPE/DGBF/DMP/68 en date du 21 juin 2019 ;

Que suite à cette autorisation, la COJO, à sa séance du 27 juin 2019, a attribué le marché à l'entreprise SOACI SN, la mieux disante ;

Que par ailleurs, aucun élément du dossier ne permet d'établir que cette décision déroge à l'un des principes fondamentaux des marchés publics ;

Que par conséquent, l'attribution faite par la COJO n'est pas entachée d'irrégularités ;

Que l'entreprise AIR LIQUIDE est donc mal fondée en sa contestation ;

DECIDE :

- 1) Le recours introduit le 29 juillet 2019 par l'entreprise AIR LIQUIDE est recevable ;
- 2) L'entreprise AIR LIQUIDE est mal fondée en sa contestation ;
- 3) La suspension des opérations de passation et d'approbation de l'appel d'offres n°F40/2019 est levée ;
- 4) Le Secrétaire Général de l'ANRMP est chargé de notifier à l'entreprise AIR LIQUIDE et au CHU de Treichville, avec ampliation à la Présidence de la République et à Monsieur le Ministre auprès du Premier Ministre, chargé du Budget et du Portefeuille de l'Etat, 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 Y.P