Copie certifée
conforme à l'original
le....23.F.E.V..2010....

**AVIS N° 001/010/ARMP/CRD DU 17 FEVRIER 2010
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE D'AVIS DE LA PHARMACIE NATIONALE D'APPROVISIONNEMENT PORTANT SUR LA CONDUITE A TENIR SUITE AUX CONTRAINTES RENCONTREES LORS DES APPELS D'OFFRES INTERNATIONAUX RELATIFS A L'ACQUISITION DE MEDICAMENTS ET AUTRES PRODUITS DE SANTE SPECIFIQUES.**

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, notamment en son article 30 ;

Vu le décret n° 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics modifié, notamment en ses articles 86, 87 et 88 ;

Vu le décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics notamment en ses articles 20 et 21;

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

Vu la lettre n° 1880/MSP/PNA/DIR/SAF du 20 novembre 2009 de la Pharmacie nationale d'Approvisionnement enregistrée sous le numéro 1831/09 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends ;

Après avoir entendu le rapport de M. Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, rapporteur, présentant la requête du demandeur ;

En présence de Monsieur Mansour DIOP, Président, de MM. Abd'El Kader N'DIAYE et Birahime SECK, membres du Comité de Règlement des Différends,

De MM. Youssouf SAKHO, Directeur Général de l'ARMP, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, Oumar SARR, Conseiller juridique, et René Pascal DIOUF, Chargé des enquêtes sur les procédures de passation et d'exécution des marchés publics, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

Adopte la présente délibération fondée sur la régularité de la saisine, les faits et moyens exposés ci-après :

Copie certifée
conforme à l'original
le....23.FEV.2010....

Par courrier n° 1880/MSP/PNA/DIR/SAF du 20 novembre 2009 enregistrée le 20 novembre 2009 sous le numéro 1831/09 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, la Pharmacie nationale d'Approvisionnement (PNA) a saisi l'ARMP d''une requête sollicitant un avis sur les contraintes auxquelles l'institution se trouve confrontée dans le traitement des dossiers spécifiques.

A l'appui de sa demande, la PNA déclare faire suite aux rencontres tenues avec la DCMP et l'ARMP tendant à apporter des solutions aux problèmes rencontrés lors de la passation des marchés relatifs à l'acquisition de certains produits pharmaceutiques.

Compte tenu de la spécificité desdits produits acquis à la suite d'appels d'offres internationaux, elle souhaite recourir à des procédures adaptées à la particularité desdits produits tout en restant conformes aux dispositions du Code des marchés publics.

Au regard de ces éléments, la PNA a sollicité l'avis du Comité de Règlement des Différends.

L'OBJET DE LA DEMANDE

La demande d'avis porte sur les questions suivantes :

1. le mode de détermination de la garantie de soumission ;
2. la lecture à haute voix lors de l'ouverture des plis, des montants des offres des candidats pour les appels d'offres lancés par article ou par lot ;
3. la publication des résultats des appels d'offres des médicaments et produits pharmaceutiques par affichage à la PNA et par le portail des marchés publics ;
4. la possibilité d'étaler sur deux (2) ans, l'exécution des marchés de fourniture de médicaments et produits pharmaceutiques ;
5. la possibilité de passer des marchés à commandes sans minimum ;
6. l'émission de lettres de commande dès l'obtention de l'avis de non objection de la DCMP sur l'attribution provisoire du marché ;
7. la résiliation partielle d'un contrat après avis favorable de la DCMP ;
8. le règlement des fournitures à soixante (60) jours après la réception des produits ;
9. l'attribution simultanée d'un article ou lot à un ou plusieurs candidats ayant proposé des prix différents.

1) Sur le mode de détermination de la garantie de soumission :

Considérant que certains marchés de la PNA portant sur l'acquisition de produits de santé sont lancés en plusieurs centaines d'articles dont chacun constitue un lot ;

Copie certifée
conforme à l'original
le....23 FEV. 2010....

Considérant les difficultés financières et opérationnelles pouvant découler de l'exigence pour les candidats de fournir des centaines de cautions correspondant aux centaines d'articles, objet de chaque appel d'offres ;
Que de ce fait, le requérant éprouve de sérieuses difficultés liées à la diligence à apporter à la séance d'ouverture des plis et à l'évaluation des offres des candidats ;

Que pour cette raison, il sollicite du CRD l'autorisation d'exprimer en valeur relative la garantie de soumission exigée de chaque candidat ;

Considérant qu'il ressort de l'article 111 du Code des Marchés publics que les autorités contractantes peuvent exiger des candidats qu'ils fournissent, dans le cadre des marchés de travaux fournitures et services courants, une garantie de soumission dont le montant doit être compris entre 1% et 3% du montant estimé du marché.

Qu'en application de cette disposition, le montant de la garantie de soumission est fixé dans la plupart des cas en valeur absolue et non en valeur relative du montant de l'offre du candidat ;

Que cette précaution permet d'éviter les risques de divulgation de la proposition financière du candidat liés à la possible déduction du montant de l'offre financière à partir de la caution de soumission ;

Considérant que dans le cas d'un marché où les attributions sont effectuées par article, ce risque est d'office écarté dès lors que le nombre élevé d'articles objet de l'appel d'offres ne permet aucune extrapolation à partir du montant de la caution ;

Que de ce fait, le CRD autorise que les cautions soient établies sur la base d'un pourcentage du montant de l'offre dans les conditions cumulatives suivantes :

- ✓ l'attribution du marché est faite par article,
- ✓ le dossier d'appel d'offres comprend au moins cinquante (50) articles ;

2) Sur la lecture à haute voix lors de l'ouverture des plis, du montant de l'offre des candidats pour chaque article en cas d'appel d'offres lancé et attribué par article, et la possibilité de procéder à une suspension de la séance au cas où le dépouillement s'étendrait sur plus d'une journée :

Considérant qu'au terme de l'article 67.4 du Code des Marchés publics, outre les informations que l'autorité contractante peut juger utile de faire connaître, le montant de chaque offre est lu à haute voix et consigné dans un procès verbal lors de l'ouverture des plis ;

Considérant qu'en vertu du principe de transparence édicté à l'article 24 du Code des obligations de l'Administration modifié par la loi n° 2006-16 du 30 juin 2006, la possibilité de prendre connaissance des informations indispensables permet à tout candidat de fonder un éventuel recours ;

Copie certifée
conforme à l'original
le....23 FEV. 2010....

Que le non respect de ce principe par les acheteurs publics est sanctionné par la nullité de la procédure de passation du marché concerné ;

Qu'à ce titre, lorsque le marché est attribué par article, tous les montants proposés par article par chaque candidat doivent être lus à haute voix pour permettre, le cas échéant, à chaque candidat de fonder éventuellement un recours ;

Que pour éviter de tenir de trop longues séances, il peut être utilisé la solution des lots indivisibles comprenant plusieurs articles autant de fois que cette technique est compatible avec la consistance des besoins ;

Considérant également que lorsque la séance d'ouverture des plis doit s'étaler sur plus d'une journée, l'autorité contractante peut prononcer la suspension de la réunion qui sera reprise le lendemain ; qu'en conséquence, elle prendra sous sa responsabilité, toutes les mesures nécessaires pour sécuriser les offres non encore ouvertes, notamment par l'intervention d'un officier ministériel (huissier), et inscrira en avance dans le dossier d'appel d'offres, toutes les modalités liées à la reprise de la séance d'ouverture des plis ;

3) Sur la publication par affichage à la PNA et sur le portail électronique des marchés publics des résultats des appels d'offres relatifs aux médicaments et produits pharmaceutiques :

Considérant qu'il ressort des dispositions de l'article 81.3 du Code des Marchés publics que la transparence des procédures suppose entre autres, la publication des résultats de l'évaluation des offres permettant le contrôle de la régularité des procédures d'attribution du marché par les candidats eux mêmes ;

Considérant que cette publication des avis d'attribution doit se faire dans les mêmes formes que les avis d'appels d'offres lancés, rendant exorbitants les coûts y afférant en cas d'attribution par la PNA de plusieurs centaines d'articles ;

Considérant que pour lever cette difficulté, la PNA sollicite l'autorisation de procéder à la publication d'un communiqué général dans la presse nationale et internationale informant de la disponibilité des détails de tous les résultats de la compétition dans le site officiel dédié aux marchés publics ;

Qu'il y a lieu de considérer que le principe du droit au recours du candidat est sauvegardé si la PNA publie dans un quotidien de grande diffusion, un avis d'attribution qui renverra au portail www.marchespublics.sn pour toute personne intéressée à accéder à l'information détaillée, et notifie aux candidats, comme l'exigent les dispositions de l'article 81.3 du Code des Marchés publics, la décision relative à leur offre.

Copie certifée
conforme à l'original
le....23.FEV.2010....

4) Sur la possibilité d'étaler sur une période de deux (2) ans, l'exécution des marchés de fournitures de médicaments et produits pharmaceutiques :

Considérant que la PNA fait état de la durée excessive des procédures de passation des marchés, en cas d'appel d'offres internationaux provoquant dans certains cas des risques de rupture de stock de produits ;

Que pour remédier à cette situation, elle propose que la durée d'exécution des marchés lancés suivant la procédure d'appel d'offres international soit fixée à deux (2) ans ;

Considérant que le Code des marchés publics fixe les délais et conditions de traitement des dossiers de marchés par l'organe de contrôle ;

Que les délais de conclusion des marchés peuvent être bien contrôlés si l'autorité contractante assure le traitement diligent des dossiers ;

Que cependant, à cet égard, elle peut avoir recours à un marché de clientèle sur une durée d'un (1) an renouvelable par avenant pour une année supplémentaire, par lequel elle s'engage à confier au fournisseur retenu, les commandes portant sur une catégorie déterminée de prestations ou fournitures sans indiquer la quantité ou la valeur globale des commandes, en référence à l'article 25 du Code des Marchés publics ;

Qu'en ce qui concerne la durée d'exécution proprement dite d'un marché, elle peut s'étendre sur la gestion suivant celle pendant laquelle l'attribution a été prononcée dans le respect du délai contractuel d'exécution ;

5) Sur les modalités de mise en œuvre d'un marché à commandes sans minimum :

Considérant que selon la PNA, il existe des produits dits sensibles à courte durée de vie qui ne font l'objet de commande qu'en cas de besoin même si, au demeurant, ils peuvent être prévus sur la liste des articles figurant dans le dossier d'appel d'offres;

Considérant que lesdits produits peuvent ne pas faire l'objet d'une commande après la signature d'un marché à commandes. Qu'une telle éventualité peut entraîner une réclamation de la part du fournisseur retenu qui aura déjà engagé des dépenses liées à l'enregistrement de son contrat, entre autres ;

Que dans pareille circonstance, la PNA peut procéder à la conclusion d'un marché à commandes avec un montant minimum et un montant maximum, tout en fixant un seuil minimum, inférieur au seuil de passation pour se conformer aux exigences de l'article 25.a) du Code des Marchés publics ;

Copie certifée
conforme à l'original
le....23 FEV. 2010....

6) Sur l'émission de lettres de commande dès l'obtention de l'avis de non objection de la DCMP sur l'attribution provisoire du marché :

Considérant que selon les statistiques de la PNA, la quasi-totalité des marchés lancés par ladite structure sont attribués à des sociétés étrangères du fait de la faiblesse de l'offre nationale en produits pharmaceutiques ; que le résultat de cette situation est le délai assez long observé entre la notification provisoire et l'immatriculation des marchés, ce qui a pour conséquence de favoriser des ruptures de stocks de médicaments et produits pharmaceutiques ;
Que pour parer à pareille situation, la PNA sollicite l'autorisation du CRD pour entamer l'exécution du marché avant approbation par l'émission de lettres de commande dès réception de l'avis favorable de la DCMP sur l'attribution provisoire ;

Considérant que cette demande, si elle est acceptée, porterait atteinte au principe de transparence des procédures qui constitue l'un des socles du système de passation et d'exécution des marchés publics consacré à l'article 24 du Code des obligations de l'Administration modifié par la loi n° 2006-16 du 30 juin 2006, et dont le non respect est sanctionné par la nullité de la procédure de passation du marché incriminé.

Qu'il appartient dès lors à la PNA de prendre toutes les dispositions pratiques pour raccourcir les délais de conclusion et d'approbation des marchés.

7) Sur l'autorisation de prononcer la résiliation partielle d'un contrat pour les rubriques où le titulaire a été jugé défaillant :

Considérant que certains fournisseurs attributaires de plusieurs items ou lots peuvent sur un même contrat, exécuter dans les délais requis les prestations prévues sur certains lots, et être défaillants sur d'autres ;

Considérant que suite à l'inexécution partielle portant sur un article ou lot du marché, le requérant souhaite pouvoir procéder à la résiliation du marché sur l'item ou le lot considéré tout en maintenant la poursuite des effets du contrat sur les autres articles dont la livraison se fait de manière régulière et satisfaisante ; qu'en procédant ainsi, la PNA estime qu'elle serait moins exposée à des risques de rupture de ses stocks ;

Considérant cependant, que selon les dispositions du Code des Marchés publics, la résiliation partielle d'un marché emporte la fin des prestations de ce dernier ; mais que pour prévenir cette situation, il peut être envisagé le mécanisme de la substitution tel que prévu par l'article 133 du Code des Marchés publics ;

Que pour ce faire, il convient de prévoir dans le dossier d'appel à la concurrence, ledit mécanisme ainsi que les modalités de son application, notamment le délai au delà duquel est constatée la carence, ainsi que les modalités de désignation du fournisseur devant assurer la substitution ;

Copie certifée
conforme à l'original
le....23.F.E.V.2010....

Que cependant au cas où le titulaire est l'unique soumissionnaire qui a présenté une offre sur le lot ou l'article considéré, la résiliation partielle peut être autorisée conformément aux dispositions de l'article 126 du Code des Marchés publics ;

8) Sur le règlement des fournitures à soixante (60) jours après la réception des produits :

Considérant qu'il ressort des dispositions des articles 103 et 104 du Code des Marchés publics que le règlement des sommes dues au titre d'un marché doit intervenir dans un délai de quarante cinq (45) jours à partir du jour de la constatation du droit à paiement ou de celui où le créancier a régularisé son dossier, lorsqu'il y a été invité sous peine de paiement d'intérêts moratoires par l'autorité contractante ;

Considérant que les délais de paiement mentionnés dans les dossiers d'appel d'offres lancés par la PNA sont établis en fonction des modalités de réception administrative et technique en conformité avec les exigences des articles 103 et 104 du Code des marchés publics ; qu'au regard de la spécificité du secteur, ledit délai comprend la période de quinze jours prévue pour la réception administrative des produits et celui de quarante cinq (45) jours pour le contrôle technique des produits ;

Que pour éviter d'être en marge de la réglementation, la PNA sollicite une dérogation pour se protéger contre d'éventuels recours qui lui porteraient préjudice ;

Qu'à cet égard, il appartient à la PNA de fixer dans le cahier des charges, le point de départ des délais de constatation des droits à paiement ; que si lesdits délais courent à partir de la fin de la réception technique et administrative, la PNA n'est nullement en porte à faux avec la réglementation.

9) Sur l'attribution simultanée d'un article ou lot à un ou plusieurs candidats ayant proposé des prix différents :

Considérant que pour assurer la sécurisation des approvisionnements des produits dits traceurs, c'est-à-dire les produits dont la rupture causerait un véritable problème de santé publique, la PNA requiert des mesures lui permettant d'apporter une réponse efficace au cas où un fournisseur refuserait de procéder à la livraison des produits commandés lorsque par exemple les conditions du marché ne lui sont plus favorables ;

Qu'à cet égard, elle sollicite auprès du CRD la possibilité d'attribuer dans le cadre d'un appel d'offres, un article ou lot à un ou plusieurs candidats ayant proposé des prix différents, dans le but d'éviter une éventuelle rupture de stocks.

Que cette requête porte plus particulièrement sur les produits spécifiques au VIH/Sida et les médicaments génériques et autres produits essentiels figurant sur la liste figurant en annexe ;

Copie certifée
conforme à l'original
le....23.F.E.V..2010....

Qu'à cet égard, les dispositions de l'article 133 du Code des Marchés publics prévoient une substitution d'entreprise qui peut être envisagée par l'autorité contractante en cas de défaillance du titulaire de nature à compromettre l'exécution normale du marché selon les modalités qui doivent être clairement spécifiées dans le cahier des charges ;

EMET L'AVIS SUIVANT :

1) Autorise que les cautions soient établies sur la base d'un pourcentage du montant de l'offre en cas d'appel d'offres pour les marchés d'acquisition de produits de santé comportant cinquante (50) articles ou lots au moins ;

2) Autorise la PNA à prononcer la suspension des séances d'ouverture des plis au cas où celles-ci devraient s'étendre sur plus d'une journée, à charge pour elle de sécuriser les offres non encore ouvertes pendant la période de suspension ;

3) Dit que lorsque le marché est attribué par article, tous les prix des articles doivent être lus à haute voix lors de la séance d'ouverture des plis ;

4) Autorise la PNA à publier dans un quotidien de grande diffusion, l'avis d'attribution du marché qui renverra au portail www.marchespublics.sn pour les informations détaillées, avec obligation de notifier à tous les candidats le sort réservé à leur offre, en référence aux dispositions de l'article 81.3 du Code des Marchés publics ;

5) Dit que la PNA peut recourir à un marché de clientèle sur une durée d'un an, renouvelable par avenant pour une année supplémentaire conformément aux dispositions de l'article 25 du Code des marchés publics et que la durée d'exécution proprement dite d'un marché donné peut s'étendre à la gestion qui suit celle ayant vu l'attribution dudit marché dans le respect du délai contractuel d'exécution ;

6) Dit que la PNA peut recourir à un marché à commande en fixant un minimum symbolique inférieur au seuil de passation pour se conformer aux exigences de l'article 25.a) du Code des Marchés publics ;

7) Dit que le démarrage des prestations d'un marché avant approbation, par l'émission de lettres de commande dès réception de l'avis favorable de la DCMP sur l'attribution provisoire dudit marché est contraire à l'article 24 du Code des obligations de l'Administration modifié par la loi n° 2006-16 du 30 juin 2006 ;

8) Dit qu'en cas d'inexécution partielle d'un marché, il peut être fait recours à l'application de l'article 133 du Code des Marchés publics relatif à la substitution mais qu'au cas où le titulaire du marché concerné est le seul à

Copie certifée
conforme à l'original
le....23.F.E.V.2010....

avoir présenté une offre sur le lot ou l'article considéré, la résiliation partielle peut être prononcée conformément aux dispositions de l'article 126 du Code des Marchés publics ;

9) Déclare qu'il est du ressort de la PNA de fixer le point de départ des délais de constatation des droits à paiement qui courent à partir de la fin de la réception technique et administrative pour se conformer aux dispositions des articles 103 et 104 du Code des marchés publics ;

10) Dit que l'Autorité contractante peut prévoir dans son cahier des charges, les modalités d'application des dispositions de l'article 133 du Code des Marchés publics relatif à la substitution d'entreprise ;

Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la Pharmacie nationale d'Approvisionnement et à la DCMP le présent avis qui sera publié.

Le Président

Mansour DIOP