

**DECISION N°209/11/ARMP/CRD DU 17 OCTOBRE 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE ZHEJIANG CHIMIN
PHARMACEUTICAL CO. LIMITED, CONTESTANT LA DECISION D'ATTRIBUTION
DU MARCHE DE FOURNITURES RELATIF A DIVERS ITEMS CONCERNANT
L'APPEL D'OFFRES INTERNATIONAL AOI PNA N°11/2011, LANCE PAR LA
PHARMACIE 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 Zhejiang Chimin Pharmaceutical Co., Ltd (CHIMIN) en date du 05 septembre 2011;

Vu la décision n°176/11/ ARMP/CRD du 14 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, CHIMIN a contesté devant le CRD l'éviction de son offre relative aux items 94, 95, 97, 98, 99, 125, 200, 201, 209, 210, 211 et 212 concernant 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, et non satisfait de la réponse de la PNA à son recours gracieux, CHIMIN a saisi le CRD pour contester le rejet de son offre relative à certains items.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DES RECOURS

ZHEJIANG CHIMIN PHARMACEUTICAL Co., LTD a déclaré avoir fait des offres sur les solutés massifs, notamment pour les articles 94 ; 95 ; 97 ; 98 ; 99 ; 125 ; 200 ; 201 ; 209 ; 210 ; 211 ; 212 ;

Il a précisé que suite à la publication des résultats de l'AOI, il a saisi la PNA d'un recours gracieux et que la PNA qui n'a examiné qu'une partie de sa demande l'a conforté à introduire le présent recours.

Par rapport aux objections formulées par la PNA, il a soutenu :

- Que son recours a porté sur les items suivants 94 ; 95 ; 97 ; 98 ; 99 ; 125 ; 200 ; 201 ; 209 ; 210 ; 211 ; 212 alors que la réponse que lui a donnée la PNA n'a porté que sur les items 95 ; 97 ; 98 ; 99 ; 125 ; 209 et 210 ;
- Qu'il n'est nullement indiqué dans l'article IC 5.1 page 28 du DAO que le PH et l'osmolarité doivent être indiqués sur les étiquettes ; qu'il n'est pas question d'étiquetage dans le règlement de la consultation ;
- Qu'il a satisfait aux normes de qualité requises par l'autorité nationale de réglementation. Ce qui justifie le visa qui leur a été délivré et que leur dossier technique est conforme et sans reproche ;
- Que concernant le produit 125, (MANITOL 10%), il a effectivement proposé un flacon de 250ml comme échantillon²;
- Qu'en ce qui concerne l'item 212 (CHLORURE DE SODIUM 9%), il a proposé un flacon de 3 litres à la place de celui de 2 litres parce que le règlement de la consultation(cf. IC 13.1 page 29) a prévu la possibilité de présenter des variantes ; que mieux, son offre de 3 litres offerte à 1500 F CFA alors que l'offre retenue de 2 litres est de F CFA 2099 ;
- Que l'item 096 visé dans la réponse de la PNA n'a jamais fait partie de son offre ;
- Qu'enfin, il ressort de l'évaluation comparative des offres, que l'écart entre son offre et celle de l'attributaire retenu est de F CFA 527 922 236.

SUR LES MOTIFS DONNES PAR LA COMMISSION DES MARCHES

En réponse au recours de ZHEJIANG CHIMIN PHARMACEUTICAL Co., Ltd, relativement au point 6 dudit recours, la PNA relève que la mention de l'item 096 procède d'une erreur de saisie des numéros des items qui se suivent dans le bordereau de quantification des articles et en conclut que cette erreur est sans incidence sur le fond de la réponse.

Par ailleurs, dans la lettre n°01857/MSP/PNA/DIR/CPM du 1^{er} septembre 2011 adressée au soumissionnaire Zhejiang Chimin Pharmaceutical Co.Ltd, elle a souligné que celui-ci n'a pas indiqué le PH et l'osmolarité sur les étiquettes conformément aux dispositions techniques exigées (cf. page 28, IC 5.1 du dossier d'appel d'offres), pour les produits ci-après :

- 095 GLUCOSE 10% FLACON EN POLYETHYLENE RIGIDE ;
- 098 GLUCOSE 5% SOL INJ FLACON EN POLYETHYLENE RIGIDE ;
- 099 GLUCOSE 5% SOL INJ FLACON EN POLYETHYLENE RIGIDE ;
- 125 MANITOL 10% ;
- 209 SODIUM CHLORURE 0,9% SOL INJ ;
- 210 SODIUM CHLORURE 0,9% SOL INJ.

Pour ce qui concerne le produit 125, le dosage est non conforme (10% au lieu de 20%), de même que la taille du flacon (250 ml au lieu de 500 ml demandé).

En outre, l'échantillon fourni pour le produit 212 n'est pas conforme : poche de 3 litres proposée à la place de 2 litres demandée.

OBJET DU LITIGE

Il ressort des faits ci-dessus exposés que l'objet du litige porte sur la conformité ou non de l'offre de ZHEJIANG CHIMIN PHARMACEUTICAL.

EXAMEN DU LITIGE

Considérant qu'il est constant, comme résultant du procès-verbal d'ouverture des plis des 27, 28 et 29 avril et 02 mai 2011 que le requérant a présenté une offre pour les items 94 (glucose 10% en poche PVC souple) ; 95 (glucose 10% en polyéthylène rigide) ; 97 (glucose 5% sol inj en poche pvc souple) ; 98 (glucose 5% sol inj en poche pvc souple); 125 (mannitol 10%) ; 200 (Ringer Lactate) ; 201 (Ringer Lactate) ; 209 (sodium chlorure 0,9% SOL INJ) ; 210 ((sodium chlorure 0,9% SOL INJ); 211 ((sodium chlorure 0,9% SOL INJ FL/500 ML) et 212 (sodium chlorure 2000 ML 0,9%) ;

Considérant que l'offre du soumissionnaire ZHEJIANG CHIMIN PHARMACEUTICAL a été déclarée non conforme par la commission des marchés aux motifs :

- que pour les produits objet des items 094, 095, 097, 098, 125, 200, 201, 210 et 211, il n'est pas indiqué, conformément aux IC 5.1, page 28 du DAO, le PH et l'osmolarité sur les étiquettes ;
- que pour l'item 98, la commission des marchés a écarté l'offre au motif que le nom du fabricant n'est pas indiqué et que l'étiquetage n'est pas conforme ;

- que le dosage du produit 125 n'est pas conforme (10% au lieu de 20%) ; de même que la taille du flacon (250 ml au lieu de 500 ml demandé) ;
- que l'échantillon du produit 212 n'est pas conforme : il a été demandé la poche de 2 litres en lieu et place de celle de 3 litres ;

Considérant qu'il y a lieu d'observer de prime abord que dans son offre financière (bordereau des prix, CHIMIN pour l'item 99 (Glucose 5% SOL INJ FLACON En POLYETHYLENE RIGIDE) a formulé, pour une quantité de 2 000 000 d'unités, une offre financière de 480 000 000 FCFA, en raison de 240 FCFA l'unité ;
Que, toutefois, cette offre n'a été consignée ni dans le procès-verbal d'ouverture des prix (Page 20) ni n'a fait l'objet d'une évaluation ;

Considérant, sur l'exigence de l'indication du PH et de l'osmolarité, que la commission des marchés renvoie successivement aux IC 5.1 ou à la page 53 du DAO ;

Qu'aux IC 5.1 des Instructions aux candidats et des Données Particulières de l'Appel d'Offres (DPAO), relatives à la capacité financière, technique et à l'expérience du soumissionnaire, il ne figure aucune exigence relative à l'indication du PH et l'osmolarité des produits concernés par l'offre du requérant ;

Considérant toutefois qu'à la section IV Spécifications des fournitures, il est précisé que le cahier des clauses techniques se compose de l'ensemble des pièces suivantes, dans l'ordre :

- 1) sommaire du dossier technique Produits ;
- 2) fiches PRODUITS : fiches d'informations techniques sur les fournitures (une fiche + annexes par produit proposé), dûment complétées et signées, pour certification des informations fournies, par le responsable technique de l'offre pour le candidat, pour les seuls articles pour lesquels une offre est présentée ;
- 3) tableau des enregistrements des médicaments ;

Qu'au point 1.2. **Présentation des échantillons**, il est stipulé que « les échantillons seront fournis dans leur emballage d'origine. Leur présentation (conditionnement primaire et secondaire) sera rigoureusement identique à celle qui sera livrée par le candidat en cas d'attribution. Chaque échantillon portera une étiquette indiquant :

N°RECU ACHAT CAHIER AOI PNA N°11/2011
NOM ET ADRESSE DU CANDIDAT
N°DU PRODUIT

Cette étiquette sera apposée de sorte que les inscriptions du boîtage restent visibles. Chaque échantillon devra être accompagné d'une fiche signalétique établie en conformité avec les règles de l'information médicale. » ;

Que, par ailleurs, au point 3. Etiquetage et notice d'emploi, il est stipulé au point 3.1. Règle générale, que « l'étiquetage doit être rédigé en totalité en langue française ; toutefois, l'étiquetage en français peut être accompagné de traduction dans différentes langues. Le motif, la couleur des inscriptions, la couleur et la forme des matériaux de l'étiquetage doivent permettre de différencier facilement, immédiatement et individuellement chacun des différents articles offerts par un même fabricant. » ;

Qu'au point 3.2. Conditionnement primaire et secondaire, il est mentionné :

1- conditionnement primaire

Tous les produits porteront pour chaque unité de conditionnement, sur une face (et non sur le couvercle), en impression bien lisible et en langue française :

- le nom du produit,
- les désignations complètes des produits (dénomination commune internationale –DCI-, dosage, forme pharmaceutique pour les médicaments),
- l'identification complète (nom + adresse complète) du fabricant,
- le numéro de lot de fabrication, la date de fabrication et de péremption (impératif pour les médicaments et le matériel stérile),

2- conditionnement secondaire

- le nom du produit,
- les désignations complètes des produits (la dénomination commune internationale –DCI-, dosage, forme pharmaceutique pour les médicaments)
- l'identification complète (nom+adresse complète) du fabricant,
- le numéro de lot de fabrication, la date de fabrication et de péremption (impératif pour les médicaments et le matériel stérile),
- les conditions particulières de stockage,
- le nombre d'unités contenues dans chaque unité primaire de conditionnement,
- le nombre d'unités totales contenues dans le conditionnement secondaire ;

Considérant qu'il résulte de ces spécifications que le but recherché par l'Autorité contractante est de faire figurer sur l'étiquette des informations les plus essentielles en vue de faciliter leur usage par le personnel médical, surtout en situation d'urgence, et de minorer le risque d'erreurs dans l'utilisation qui peuvent être fatales aux patients ;

Qu'il n'est pas contesté, comme résultant aussi de l'examen des échantillons présentés par lui, que le requérant n'a pas inscrit sur lesdits échantillons, les informations ayant trait au PH et à l'osmolarité, au motif que le DAO ne le mentionne pas expressément ;

Que, toutefois, s'agissant de solutions injectables directement aux patients, le PH et l'osmolarité constituent, « selon les règles de l'information médicale » auxquelles se sont soumis certains des soumissionnaires, des informations importantes à faire apparaître sur l'étiquette et, en conséquence de quoi, leur omission constitue une divergence substantielle justifiant le rejet de l'offre du requérant pour les items 094, 095, 097, 098, 200, 201, 210 et 211 ;

Considérant qu'en ce qui concernent les produits 125 et 212, le soumissionnaire lui-même a reconnu avoir proposé des variantes telles que prévues par le règlement de la consultation ;

Qu'en effet, il est stipulé à l'IC 13.1 des DPAO que les variantes sont autorisées. « Un candidat est autorisé à soumettre une offre variante avec ou sans offre de base. L'autorité contractante considérera les offres variantes satisfaisant au cahier des clauses techniques spécifiées à la section IV, Bordereau des Quantités, calendriers de livraison, Cahier des clauses techniques. Toutes les offres reçues, pour la solution

de base ou comme variantes satisfaisant les conditions requises, seront évaluées selon leurs valeurs intrinsèque, en conformité avec les mêmes procédures, comme indiquée dans la clause 33 des IC » ;

Considérant que la présentation de variantes, si les variantes sont autorisées, ne dispensent pas le soumissionnaire de produire ce qui est demandé au titre de l'offre de base sur lequel le soumissionnaire est d'abord évalué, le cas échéant ;

Considérant que les items 125 et 212 concernent respectivement du Mannitol 10% solution pour perfusion devant être conditionné en flacon ou poche (PVC) de 500 ml, et du sodium chlorure 2000 ml, 0,9 solution pour perfusion dont le conditionnement primaire souhaité consiste en des poches avec embout Luer Accès (LA) de 2000 ml ;

Que dans son offre, comme relevé par la commission des marchés et reconnu par le requérant, il a présenté du Mannitol 20% au lieu de 10% sollicité dont le conditionnement est fait dans un flacon de 250 ml au lieu de 500 ml exigé ;

Que pour le chlorure de sodium, le volume proposé par ZHEJIANG est de 3 L au lieu de 2 L comme exigé dans le DAO, la circonstance que son offre est inférieure à celle de l'attributaire n'ayant aucune incidence sur la conformité de son offre ;

Qu'ainsi ne s'étant pas conformé aux prescriptions du dossier d'appel d'offres, le requérant est mal fondé, à cet effet, à contester la décision de la commission des marchés sur les variantes proposées ; en conséquence,

DECIDE

- 1) Constate que dans son offre financière (bordereau des prix), Zhejiang Chimin Pharmaceutical, pour l'item 99 (Glucose 5% SOL INJ FLACON En POLYETHYLENE RIGIDE) a formulé, pour une quantité de 2 000 000 d'unités, une offre financière de 480 000 000 FCFA, en raison de 240 FCFA l'unité,
- 2) Constate que, toutefois, cette offre n'a ni été consignée dans le procès-verbal d'ouverture des prix (Page 20) ni fait l'objet d'une évaluation,
- 3) Constate que les IC 5.1 des DPAO sont relatives à la capacité financière, technique et à l'expérience du soumissionnaire,
- 4) Constate, néanmoins, qu'à la section IV Spécifications des fournitures il est décrit les modalités d'étiquetage des produits proposés,
- 5) Dit que le but recherché par l'Autorité contractante est de faire figurer sur l'étiquette des informations les plus essentielles en vue de faciliter leur usage par le personnel médical, surtout en situation d'urgence, et de minorer le risque d'erreurs dans l'utilisation qui peuvent être fatales aux patients,
- 6) Dit, en conséquence, que s'agissant de solutions injectables directement aux patients, le PH et l'osmolarité constituent, « selon les règles de l'information médicale » auxquelles se sont soumis certains des soumissionnaires, des

informations importantes à faire apparaître sur l'étiquette et, en conséquence de quoi, leur omission constitue une divergence substantielle justifiant le rejet de l'offre du requérant pour les items 094, 095, 097, 098, 200, 201, 210 et 211,

- 7) Constate que la présentation de variantes est autorisée par les DPAO
- 8) Constate que les variantes concernant les items 125 et 212 ne sont pas conformes,
- 9) Déclare la requête de Zhejiang Chimin Pharmaceutical mal fondée et confirme les décisions de la commission des marchés de la PNA,
- 10) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à Zhejiang Chimin Pharmaceutical Co., Ltd, à la PNA ainsi qu'à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA