

**DECISION N°030/11/ARMP/CRD DU 09 MARS 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE DE LA PHARMACIE NATIONALE
D'APPROVISIONNEMENT (PNA) SOLLICITANT UNE DEROGATION AUX
DISPOSITIONS DES ARTICLES 10, 67.4 ET 70 NOUVEAU DU CODE DES MARCHES
PUBLICS.**

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

Vu l'article 30 du Code des Obligations de l'Administration modifié par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006 ;

Vu le décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics, modifié.

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/CRMP du 19 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu la lettre n°00452/MSP/PNA/DIR/CPM du 23 février 2011 de la PNA ;

Après avoir entendu le rapport de Monsieur Oumar SARR, présentant les faits, moyens et conclusions des parties ;

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

De MM Saër NIANG, 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 et délégations de service public, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Adopte la présente délibération fondée sur la régularité du recours :

Par lettre du 23 février 2011, enregistrée le 07 mars 2011 sous le numéro 157 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, la PNA a saisi le CRD d'une demande de dérogation aux dispositions des articles 10, 67.4 et 70 nouveau du Code des marchés publics.

SUR LA COMPETENCE DU CRD

Considérant qu'aux termes du décret n°2007-547 du 25 avril 2007 portant création de la Direction centrale des Marchés publics (DCMP), notamment en son article 2, celle-ci est l'organe investi pour accorder les autorisations et dérogations nécessaires lorsqu'elles sont prévues par la réglementation applicable aux marchés publics et délégations de service public ;

Qu'à cet égard, les décisions, avis et recommandations formulés par la DCMP peuvent faire l'objet d'un recours devant le CRD ;

Considérant que dans le cas d'espèce, l'autorité contractante a saisi directement le CRD sans au préalable présenter sa demande à la DCMP ;

Considérant que l'inobservation de cette formalité est de nature à entacher la saisine du CRD d'irrégularité qui aurait pu être corrigée soit par un ré-routage de la lettre de la PNA, soit par une déclaration d'incompétence ;

Mais considérant que la DCMP qui est un organe de contrôle de la régularité et la conformité des procédures ne peut statuer que sur les dérogations prévues par le Code des marchés publics ;

Considérant que les dérogations sollicitées ne sont pas prévues par la réglementation en vigueur ;

Considérant que, par ailleurs, relativement aux articles concernés par la demande de la PNA, il se pose pour certains de ces articles moins une question de dérogation que d'interprétation par rapport à d'autre texte telle la loi sur la société de l'information qui n'est insérée ni dans le Code des marchés publics, ni dans le Code des obligations de l'administration ;

Considérant que l'une des missions de l'Autorité de Régulation des Marchés publics est d'identifier les faiblesses éventuelles du Code des marchés publics et de proposer, sous forme d'avis, de proposition ou de recommandation, toute mesure législative, réglementaire, de nature à améliorer le système, dans un souci d'économie, de transparence et d'efficacité ;

Considérant qu'elle doit, par ailleurs, veiller par ses avis et recommandations, à l'application de la réglementation et des procédures relatives à la passation des marchés publics et délégations de service public, des documents standards et 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 ;

Qu'en considération de ces éléments, et de la nécessité de faciliter la compréhension et l'application de la réglementation par les autorités contractantes, il convient de statuer sur la demande présentée par la PNA ;

LES PRETENTIONS DE LA PNA

La PNA expose des difficultés rencontrées dans l'application des dispositions des articles 70 nouveau, 67.4 et 10 nouveau du Code des marchés publics.

En ce qui concerne l'article 70 nouveau, il impose à l'autorité contractante de procéder, dans un délai maximum de quinze (15) jours à compter de la date d'ouverture des plis, à l'évaluation des offres.

Pour la PNA, en matière de commande de médicaments, ce délai n'est pas suffisant pour les raisons suivantes :

- par exemple, le nombre d'articles mis en compétition pour l'appel d'offres en cours est de sept cent quatorze (714) ;
- pour le dernier appel d'offres, qui comportait deux cent cinquante (250) articles, l'évaluation a commencé le 12 août pour se terminer le 30 septembre 2010.

En prévision de l'ouverture prochaine des plis relatifs à l'appel d'offres n°11/2011 portant sur 714 articles, la PNA sollicite une dérogation à la disposition de l'article 70.

Concernant l'article 67.4, la PNA déclare que le nombre de pages par procès verbal d'ouverture des plis est trop élevé pour être établi et remis aux candidats dans les conditions fixées par l'article 67. La PNA a soutenu qu'à l'ouverture des plis relatifs à l'achat des antirétroviraux, le procès verbal a comporté 250 pages. En considération de ces éléments, elle sollicite l'autorisation de remettre aux candidats le procès verbal par voie électronique pour accomplissement de la formalité de remise du procès verbal signé aux candidats présents.

Enfin, s'agissant de l'article 10 nouveau, la PNA affirme que le contrat de marché en lui-même comporte plusieurs pages. Lorsqu'on n'y ajoute des annexes, le marché comportera des centaines de pages. En conséquence, la PNA sollicite d'être dispensée de joindre les annexes aux contrats.

EXAMEN DE LA DEMANDE DE LA PNA :

Il ressort des éléments de fait exposés par la PNA que l'objet de sa demande porte sur un assouplissement ou un allègement des formalités et délais fixés par les dispositions des articles 70, 67.4 et 10 du Code des marchés publics.

1) Sur la demande relative au délai imparti par l'article 70 nouveau du Code des marchés publics à l'autorité contractante pour évaluer les offres :

Considérant qu'avant la modification des dispositions de l'article 70 par le décret n°2011-04 du 06 janvier 2011, l'évaluation des offres n'était soumise à aucun délai ;

Considérant que cette situation a eu pour conséquence de voir des évaluations se prolonger au-delà de délais raisonnables alors que les candidats dans l'espoir de gagner le marché reconduisaient indéfiniment les garanties produites au soutien de leurs offres ;

Considérant que les modifications apportées à l'article 70 du Code ont consisté à impartir un délai de quinze (15) jours maximum aux autorités contractantes sans distinction pour évaluer les offres ;

Considérant que d'autres autorités contractantes, tout comme la PNA, peuvent être, ponctuellement, confrontées à ce problème de délai ;

Considérant, par ailleurs, qu'il est envisagé de modifier la disposition concernée en y insérant la possibilité de bénéficier, en cas de contraintes justifiées auprès de la DCMP, d'un nouveau délai de 15 jours ;

Qu'en considération de ces éléments et au regard de la pertinence des difficultés exposées par la PNA ainsi que de la nécessité d'y trouver une solution pratique, il convient d'accorder à la PNA la possibilité de bénéficier d'un délai supplémentaire de quinze (15) jours à compter de l'expiration du délai initial imparti pour évaluer les offres ;

2) Sur la demande relative à la communication par voie électronique des procès verbaux d'ouverture des plis aux candidats présents à l'ouverture des plis :

Considérant que selon les dispositions in fine de l'article 67.4 du Code des marchés publics, dès la fin des opérations d'ouverture des plis, les informations fournies par les candidats et lues à haute voix sont consignées dans un procès verbal signé par les membres de la commission des marchés présents et remis à tous les candidats ;

3) Sur la demande relative à l'allègement des éléments constitutifs du marché :

Considérant que selon l'article 10 du Code des marchés publics, les marchés sont conclus sous forme écrite et font l'objet d'un dossier unique dont les cahiers des charges et la soumission sont des éléments constitutifs ;

Considérant qu'il résulte de la disposition précitée que le marché est constitué :

- d'une part, par la soumission, acte signé par le candidat qui présente son offre et adhère aux dispositions du marché ; que cet acte établit, après signature de la personne responsable du marché, l'engagement contractuel des parties ;
- d'autre part, les cahiers des charges qui déterminent les conditions dans lesquelles les marchés sont exécutés ;

Considérant que la soumission aussi bien que les cahiers des charges constituent des éléments indissociables du marché ; que l'un ne peut être mis en œuvre sans l'autre ;

Que pour ces raisons, sur ce point, il ne peut être accédé à la demande de la PNA ; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Constate que la demande formulée par la PNA échappe aux prérogatives de la DCMP en matière de dérogation ;
- 2) Se déclare compétent pour la connaître ;
- 3) Dit que, sur la demande relative au délai de quinze (15) jours imparti à l'autorité contractante pour évaluer les offres, un délai supplémentaire de quinze (15) jours à compter de l'expiration du premier délai est accordé à la PNA ;
- 4) Dit que, sur la demande relative à la transmission du procès verbal d'ouverture des plis, la PNA peut, dans les conditions fixées par la loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques, complétée par l'article 57 du Code des Marchés publics, procéder à la remise des procès verbaux d'ouverture des plis par voie électronique ;
- 5) Dit que, sur la demande relative à l'allègement du dossier constituant le marché, il ne peut être satisfait à ladite demande ;
- 6) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la PNA et à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA