

**DECISION N° 074/14/ARMP/CRD DU 19 MARS 2014
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LA SAISINE DE LA PHARMACIE NATIONALE
D'APPROVISIONNEMENT PORTANT SUR UNE DEMANDE D'AVIS SPECIFIQUE
RELATIF A LA PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES INTERNATIONAL N°AOI PNA
12/2013 LANCE LE 06 JANVIER 2014**

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° 2011-1048 du 27 juillet 2011 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 (ARMP), 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 en date du 07 mars 2014 de la Pharmacie Nationale d'Approvisionnement (PNA) ;

Madame Khadijetou Dia LY, chargée des enquêtes, entendue en son rapport ;

En présence de Monsieur Mademba GUEYE, Président ; de MM Samba DIOP, Boubacar MAR et Cheikhou Issa SYLLA, membres du Comité de Règlement des Différends ;

De M. Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD ; M. René Pascal DIOUF, Coordonnateur de la Cellule d'Enquêtes et d'Inspection ; M. Ousseynou CISSE, chargé d'Enquêtes ; M. Ely Manel FALL, Chef de la Division Réglementation ; M. Moussa Diagne, chef de la Division Formation ; Mme Takia FALL CARVALHO, Conseillère chargée de la Coordination et du Suivi observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément aux dispositions du Code des marchés publics et des principes généraux de la régulation ;

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

Par lettre en date du 07 mars 2014, reçue et enregistrée le 10 mars 2014 au secrétariat du Comité de Règlement des Différends (CRD) sous le numéro 068/CRD, la Pharmacie Nationale d'Approvisionnement (PNA) a saisi cet organe d'une demande d'avis

spécifique sur certains éléments de la procédure d'appel d'offres international portant sur l'approvisionnement en médicaments, matériels et consommables médico-pharmaceutiques.

LES FAITS

Dans le journal « Le Soleil » du 06 janvier 2014, la Pharmacie Nationale d'Approvisionnement (PNA) a fait publier un avis d'appel d'offres international pour la fourniture de médicaments, matériels et consommables médico-pharmaceutiques. La date initiale d'ouverture des plis était fixée au 25 février 2014. Par la suite, après une modification du nombre d'items contenus dans le dossier d'appel d'offres, l'autorité contractante a différé la date d'ouverture des plis au 05 mars 2014.

Après avoir acquis le dossier d'appel d'offres, un candidat a saisi le CRD d'un recours contentieux par lettre en date du 20 janvier 2014.

Ayant jugé le recours recevable, le Comité de Règlement des Différends (CRD) a ordonné la suspension de la procédure de passation du marché litigieux par décision n° 025/14 du 29 janvier 2014 et demandé les pièces nécessaires à l'instruction du dossier.

Après examen du dossier d'appel d'offres reçu de la PNA, le CRD, par décision N°052/14 du 26 février 2014, a conclu que le recours du requérant était mal fondé et a ordonné la continuation de la procédure de passation de l'appel d'offres international et la prolongation du délai de dépôt des offres d'une période égale à la durée de la suspension ;

Se conformant à la décision du CRD susmentionnée, la PNA a reporté la date d'ouverture des plis au 08 avril 2014. Cependant, face aux difficultés induites par les reports successifs de dates de dépôt des offres et aux fins de minimiser les allongements inutiles des délais de passation du marché, l'autorité contractante a saisi le CRD, par lettre du 07 mars 2014, d'une demande d'avis sur quatre éléments relatifs à la procédure d'appel d'offres en cours à savoir, la durée de validité des garanties de soumission relatives aux offres reçues bien avant la publication de la dernière date retenue pour l'ouverture des plis, la longueur de la séance d'ouverture des plis, la sécurisation des stocks de médicaments et le format des contrats de médicaments.

L'OBJET DE LA DEMANDE :

Il résulte de la saisine et des faits qui la soutiennent que la requête porte sur une demande spécifique de la PNA de pouvoir, à titre exceptionnel, dans le cadre de l'appel d'offres en objet :

- prendre en compte les garanties de soumission des candidats dont la durée de validité a été établie en prenant comme référence les dates d'ouverture des plis initialement fixées aux 28 février et 05 mars 2014 ;
- demander aux candidats, la version électronique des offres afin de procéder à une vidéo projection de ces dernières lors de la séance d'ouverture des plis prévue le 08 avril 2014 ;
- attribuer simultanément un produit à deux soumissionnaires conformes suivant une répartition par pourcentage à définir ;
- utiliser le modèle de contrat simplifié joint en annexe.

EXAMEN DE LA DEMANDE

1. sur la durée de validité des garanties de soumission déjà émises en référence aux dates d'ouvertures des plis initialement fixées.

Considérant qu'aux termes de l'article 20.2 (f) du dossier d'appel d'offres, la garantie de soumission doit demeurer valide pendant trente jours (30) après l'expiration de la durée de validité de l'offre, y compris si cette dernière est prorogée selon les dispositions de la clause 19.2 des Instructions aux candidats ;

Considérant que dans le cas du marché en objet, la première date retenue pour l'ouverture des plis était initialement fixée au 28 février 2014 ;

Que par la suite, l'autorité contractante a successivement reporté la date susmentionnée au 05 mars 2014, puis au 08 avril 2014, du fait, respectivement, d'une modification des items du dossier d'appel d'offres et du recours contentieux introduit par un candidat ;

Considérant que dans sa saisine, l'autorité contractante a informé avoir reçu une trentaine de soumissions avant même la publication du dernier report de la date d'ouverture des plis fixée au 08 avril 2014 ;

Que la durée de validité des offres et des garanties de soumissions y relatives n'ont forcément pas été établies en référence à la dernière date de dépôt des offres retenue, laissant présager pour les candidats concernés, une non-conformité au regard de la durée de validité des offres et de la garantie de soumission ;

Qu'à ce propos, il est difficile de reprocher aux candidats concernés d'avoir déposé des offres et des garanties de soumission avec une durée de validité n'ayant pas pris pour référence la date du 08 avril 2014, puisque non encore publiée par l'autorité contractante ;

Considérant que, certes, la garantie de soumission est un élément fondamental des pièces constitutives de la soumission au regard de l'article 44 du Code des marchés publics et dont le défaut de présentation entraîne un rejet de l'offre ;

Que, toutefois, en considération du contexte, exiger la prorogation de la durée de validité desdits documents semble difficile ;

Qu'au vu de ce qui précède et en raison de la sensibilité du secteur de la santé et les conséquences néfastes d'une éventuelle rupture de stocks de médicaments sur la vie des populations, il y a lieu d'autoriser à titre exceptionnel que la commission des marchés de l'autorité contractante puisse accepter les offres et les garanties de soumission des candidats pour lesquelles la durée de validité a été calculée à partir des dates d'ouverture des plis du 28 février 2014 et du 05 mars 2014 ;

Que toutefois, l'autorité contractante exigera le cas échéant, de l'attributaire provisoire ou des attributaires provisoires, la prorogation de la durée de validité des offres et celle de la garantie de soumission pour couvrir toute la période allant jusqu'à la signature du marché ;

2. Sur la demande de soumission d'une version électronique des offres

Considérant qu'il ressort de la saisine de la PNA que pour l'ouverture des plis des appels d'offres comme celui dont il est question (140 fournisseurs et 632 items) , les séances peuvent s'étaler sur cinq (05) à dix (10) jours du fait de l'obligation incombant à l'autorité

contractante de lire toutes les offres, ligne par ligne, et item par item, posant ainsi le problème de la sécurisation des offres et des allongements de délais ;

Considérant que l'autorité contractante, dans le souci de réduire lesdits délais, souhaite obtenir l'autorisation de requérir des candidats la transmission sous scellé de la version électronique de leurs offres afin d'en faire une vidéo projection lors de la séance d'ouverture des plis, tout en précisant que la non-transmission de la version électronique n'est pas éliminatoire ;

Considérant que certes, la PNA a l'obligation de lire toutes les offres à haute voix en vertu de l'article 67.4 du Code des marchés publics ; que, toutefois, la projection sur écran des offres en présence des représentants des soumissionnaires n'est pas contradictoire avec une lecture à haute voix tout en permettant une facilitation du processus et un gain de temps ;

Que de plus, les offres des candidats pour lesquelles la version électronique n'aura pas été transmise seront lues publiquement en conformité avec la réglementation en vigueur ;

Que du reste, en cas de contestation ou de différence, la version papier de l'offre du candidat fera foi ;

Qu'au vu de ce qui précède et dans un souci de favoriser la célérité et de permettre à l'autorité contractante de disposer des médicaments dont la population a besoin, il y a lieu d'autoriser à titre exceptionnel que la PNA puisse demander en sus de la version papier, la version électronique des offres aux candidats ayant acquis le DAO, sans que cela ne soit éliminatoire ;

3. Sur la demande d'autorisation d'attribuer simultanément un produit à deux soumissionnaires selon une répartition par pourcentage à définir

Considérant qu'aux termes de l'article 60 du CMP, l'appel d'offres est la procédure par laquelle une autorité contractante attribue le marché sans négociation, après appel à la concurrence, au candidat qui remet l'offre conforme évaluée la moins-disante sur la base de critères quantifiés en termes monétaires préalablement portés à la connaissance des candidats et qui réunit les critères de qualification également mentionnés dans le DAO ;

Qu'au regard de l'article susmentionné, tous les critères doivent être préalablement définis dans le dossier d'appel à la concurrence afin de permettre le fonctionnement correct du libre jeu de la concurrence en vertu des principes de la transparence, d'égalité de traitement des candidats et du droit à l'information ;

Que dans le cas d'espèce, la saisine de l'autorité contractante demandant l'autorisation sur une procédure d'appel d'offres déjà lancée, d'attribuer simultanément un produit à deux candidats conformes selon une clé de répartition ni définie, ni prévue dans le DAO, ne peut être acceptée en vertu du principe de transparence ;

Que dès lors la demande ne peut être autorisée ;

Considérant, toutefois, que la sécurisation du stock de médicaments essentiels constitue un enjeu crucial pour la survie des populations, il y a lieu d'autoriser que la PNA puisse contracter avec le second soumissionnaire conforme moins disant en cas de défaillance de l'attributaire du marché ;

4. Sur la demande d'autorisation d'utiliser un modèle simplifié de contrat

Considérant qu'il ressort de la saisine de la PNA que pour les contrats de fournitures et de services courants, cette dernière respecte le format des contrats requis ;

Qu'en revanche s'agissant des marchés de médicaments, il s'avère difficile, voire impossible de respecter ledit format du contrat composé de l'acte d'engagement, de la lettre de soumission, du bordereau des quantités et des prix, du cahier des clauses administratives générales et du cahier des clauses administratives particulières, au motif que les offres des candidats de même que les documents et annexes réunis sont volumineux ;

Que dans un souci de rationalisation des ressources, la PNA souhaite obtenir l'autorisation d'utiliser le modèle de contrat élaboré spécialement pour les médicaments ;

Considérant qu'il ressort de la revue du modèle joint que toutes les clauses pertinentes y sont répertoriées ;

Que ce modèle a déjà été utilisé par la PNA pour signer des marchés de médicaments sans préjudices connus à ce jour ;

Qu'il y a lieu d'autoriser l'utilisation de ce format de contrat, en y adjoignant toutefois au moment de la revue juridique par la Direction Centrale des Marchés Publics (DCMP), toute documentation requise par cette dernière ;

PAR CES MOTIFS :

- 1) Constate que des offres ont été reçues avant la publication du dernier report de date d'ouverture des plis fixée au 08 avril 2014 ;
- 2) Dit que la durée de validité de ces offres et celle des garanties de soumission y afférentes n'ont pas été établies en référence à la dernière date d'ouverture des plis fixée au 08 avril 2014 par l'autorité contractante ;
- 3) Dit que pour les offres déjà reçues, il sera difficile de demander une prorogation de la durée de validité de ces dernières ainsi que celle des garanties de soumission y afférentes ;
- 4) Autorise, en conséquence, l'acceptation des offres et des garanties de soumission établies en référence aux dates du 25 février et 05 mars 2014, à la condition que les attributaires provisoires concernés prorogent le cas échéant, à la demande de la PNA, la durée de validité des offres et des garanties de soumission ;
- 5) Dit que la projection des offres sur écran lors de la séance d'ouverture des plis peut réduire les délais de passation du marché ;
- 6) En conséquence, autorise la PNA à requérir des candidats en sus de la version papier, la version électronique de leurs offres sans que la non-transmission de cette dernière ne soit éliminatoire ;
- 7) Constate que l'attribution d'un même produit à deux soumissionnaires conformes n'est pas prévue dans le dossier d'appel d'offres ;

- 8) Dit, en conséquence, que la demande portant sur l'introduction d'une nouvelle clé de répartition pour l'attribution d'un produit ne peut être autorisée ;
- 9) Autorise que la PNA se rapproche du second soumissionnaire conforme moins disant en cas de défaillance de l'attributaire du marché ;
- 10) Autorise l'utilisation du modèle de contrat simplifié joint en annexe pour les marchés de médicaments ;
- 11) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics est chargé de notifier à la Pharmacie Nationale d'approvisionnement et à la DCMP le présent avis qui sera publié.

Le Président

Mademba GUEYE

Les membres du CRD

Samba DIOP

Boubacar MAR

Cheikhou Issa SYLLA

**Le Directeur Général
Rapporteur**

Saër NIANG