

**DECISION N°011/11/ARMP/CRD DU 19 JANVIER 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE DE LA PHARMACIE NATIONALE
D'APPROVISIONNEMENT RELATIVE A L'OUVERTURE DE L'APPEL D'OFFRES
POUR LA FOURNITURE DE MEDICAMENTS GENERIQUES, MATERIELS ET
CONSOMMABLES PHARMACEUTIQUES, REACTIFS DE LABORATOIRE,
VACCINS, PRODUITS DENTAIRE ET MEDICAMENTS ANTI RETROVIRAUX
AUX ENTREPRISES ETRANGERES NON COMMUNAUTAIRES**

**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 ;

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 (ARMP) modifié ;

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

Vu la lettre n° 02920/MSP/PNA/SAF du 01^{er} décembre 2010 du Directeur général de la Pharmacie nationale d'Approvisionnement. ;

Après avoir entendu le rapport de M. Oumar SARR, Conseiller juridique, rapporteur, présentant la requête du demandeur ;

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

De MM. Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques et Oumar SARR, Conseiller juridique, 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 :

Par lettre mémoire en date du 1^{er} décembre 2010, enregistrée le 31 décembre 2010 sous le numéro 885/10 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, le Directeur général de la Pharmacie nationale d'Approvisionnement (PNA.) a saisi le CRD d'une demande d'éclairage sur l'article 52 du décret n°2019-1188 du 13 septembre 2010 modifiant et complétant le décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics.

SUR LA RECEVABILITE

Considérant que la saisine de la PNA fait suite à l'avis défavorable émis par la DCMP sur le dossier d'appel d'offres relatif à l'achat de médicaments génériques, matériels et consommables pharmaceutiques, réactifs de laboratoire, vaccins, produits dentaires et médicaments anti rétroviraux ;

Considérant qu'il ressort des dispositions combinées des articles 138 et 139 du Code des marchés publics que, lorsque l'avis ou la recommandation concerne la possibilité d'utiliser une procédure autre que l'appel d'offres ouvert ou est relative à la proposition d'attribution du marché, l'autorité contractante qui n'accepte pas ledit avis ou ladite recommandation peut saisir le CRD dans un délai de trois (3) jours suivant sa réception ;

Qu'a contrario, en dehors de ces hypothèses, lorsque l'avis ou la recommandation formulée par la DCMP porte sur l'utilisation de l'appel d'offres ouvert ou sur le dossier d'appel d'offres, la saisine du CRD n'est enfermée dans aucun délai ;

Qu'en considération de ces éléments, il convient de déclarer recevable la présente saisine, improprement qualifiée de demande d'éclairage des dispositions de l'article 52 du Code des Marchés publics ;

LES FAITS

Par lettre n°02411/MSP/PNA/DIR du 24 septembre 2010, la PNA a soumis à la DCMP pour avis le projet de dossier d'appel d'offres relatif à la fourniture de médicaments essentiels génériques, matériels et consommables pharmaceutiques, réactifs de laboratoire, vaccins, produits dentaires et médicaments anti rétroviraux au titre de l'exercice budgétaire 2011.

Suite aux observations formulées par la DCMP, la PNA a par lettre en date du 27 octobre 2010 soumis à la DCMP la version corrigée dudit projet.

La DCMP, qui a constaté que, d'une part, le marché a été ouvert aux entreprises étrangères non communautaires, d'autre part, les quantités ont été modifiées en hausse y a émis un avis défavorable.

La PNA a alors saisi le CRD pour un éclairage sur l'article 52 du Code des marchés publics. Cependant, à l'appui de sa demande d'éclairage, elle a développé les moyens suivants.

ELEMENTS FOURNIS A L'APPUI DE LA DEMANDE D'AVIS

A l'appui de sa demande, la PNA a soutenu la spécificité de l'appel d'offres concerné qui porte sur les marchés relatifs aux programmes de santé (paludisme, tuberculose, SIDA).

Par ailleurs, elle a exposé que les programmes ci-dessus décrits bénéficient d'appuis financiers extérieurs tel le fonds mondial.

MOYENS DONNES PAR LA DCMP AU SOUTIEN DE SON AVIS

Par lettre en date du 05 novembre 2010, la DCMP a communiqué son avis sur le dossier d'appel d'offres litigieux soumis à son avis par la PNA.

Il résulte dudit avis que :

- Par rapport à sa précédente revue formalisée dans la lettre n°044963/MEF/DCMP/17 du 22 octobre 2010, la DCMP a noté une modification de quantité dans le nombre des articles qui est passé de 697 à 701 articles PNA ;
- Les nouvelles dispositions de l'article 52 telles que modifiées par le décret n°2010-1188 du 13 septembre 2010 n'offrent plus la possibilité aux autorités contractantes d'ouvrir l'appel d'offres aux entreprises étrangères hors communautaires lorsque le financement du marché est prévu par les budgets de l'Etat, des établissements publics, des collectivités locales et des sociétés nationales ou sociétés à participation publique majoritaire.

OBJET DU LITIGE :

Il résulte de ce qui précède que l'objet du litige porte :

- d'une part, sur l'ouverture de l'appel d'offres aux entreprises étrangères non communautaires alors même que l'article 52 nouveau du Code des Marchés publics limite la compétition aux entreprises nationales et communautaires ;
- d'autre part, sur l'augmentation du nombre d'articles sans cette augmentation soit mise en cohérence avec la clause 1.1 des DPAO.

EXAMEN DE LA DEMANDE :

Sur l'ouverture du marché aux entreprises étrangères non communautaires :

Considérant que la disposition unique de l'article 52 nouveau du décret n°2010-1188 du 13 septembre 2010 modifiant et complétant le décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics est ainsi disposée : *« la participation à la concurrence et aux marchés de prestations et fournitures par entente directe dont le financement est prévu par les budgets de l'Etat, des établissements publics, des collectivités locales et des sociétés nationales ou sociétés à participation publique majoritaire, est réservée aux seules entreprises sénégalaises et communautaires régulièrement patentées ou exemptées de la patente et inscrites au registre du*

commerce et du crédit mobilier ou au registre des métiers au Sénégal ou dans les Etats membres de l'UEMOA » ;

Que l'alinéa 2 de l'ancien article 52, qui permettait à l'autorité contractante de recourir à des candidatures étrangères lorsque les prestations demandées ne pouvaient pas être réalisées par des candidats issus du tissu communautaire n'a pas été repris par le nouvel article ;

Qu'en effet, la disposition supprimée ou omise disposait qu'il peut être dérogé à l'alinéa précédent en application d'accords internationaux ou lorsque qu'il s'agit de fournitures, travaux ou services ne pouvant être livrés ou réalisés par des entreprises locales » ;

Mais considérant selon l'article 24 nouveau du Code des obligations de l'administration, dont le Code des marchés publics est censé traduire, l'acheteur public, en matière de commande publique, a l'obligation de respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ;

Que cependant, l'article 28 nouveau dispose que « par dérogation au principe de l'égalité de traitement, une préférence peut être attribuée lors de la passation d'un marché aux offres portant sur des fournitures, services ou travaux d'origine ou de fabrication sénégalaise présentés par une entreprise nationale dans les conditions et limites déterminées par le Code des marchés public et dans le respect des dispositions des traités et accords internationaux conclus par la République du Sénégal »

Qu'en application de cette disposition, la Section 5 du chapitre 2 titre III du Code des marchés, intitulés : « Régimes préférentiels » a prévu aux articles 50 et 52 un régime préférentiel aux entreprises nationales et communautaires ;

Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 28 du Code des obligations de l'administration que la dérogation prévue aux principes de la liberté d'accès et de l'égalité de traitement des candidats ne s'applique pas :

- 1) lorsqu'un accord international y déroge ; ou,
- 2) lorsqu'à contrario, les fournitures, services ou travaux ne sont pas d'origine ou de fabrication sénégalaise présentés par une entreprise nationale ou communautaire, autrement dit lorsque les fournitures, travaux ou services objet de la commande publique ne peuvent pas être livrés ou réalisés par des entreprises locales ;

Que la disparition de l'alinéa 2 de l'article 52 ancien, que tout semble laisser croire qu'il s'agit d'une omission car ni les travaux préparatoires aux modifications apportées au Code ni le rapport de présentation du nouveau décret ne l'ont évoqué dans le sens de sa suppression, ne peut faire échec aux dispositions précitées de

l'article 28 du Code des obligations de l'administration ; Que dans ce contexte, si les conditions définies pour l'application d'une dérogation ne sont pas réunies, un retour au principe ne peut qu'accroître la concurrence, restaurer la liberté d'accès au marché et favoriser le choix des fournitures, prestations ou travaux au meilleur prix ;

Que surabondamment, même si l'avis de la DCMP serait fondé, force est de constater que lui donner application risquerait de créer un blocage relativement à l'exécution de certains projets et programmes dont la mise en œuvre ne peut être réalisée par des entreprises nationales, ce qui constituerait une atteinte à la vocation du code qui est de faciliter aux autorités contractantes l'acquisition des biens ou la réalisation de service ou travaux en vue de la satisfaction de besoins d'intérêt général ;

Sur la modification constatée du nombre d'article :

Considérant que la DCMP a relevé, entre la version première et la version corrigée du dossier d'appel d'offres une modification de quantité dans le nombre des articles qui est passé de 697 à 701 articles PNA sans cette augmentation soit mise en cohérence avec la clause 1.1 des DPAO ;

Considérant que le choix de la procédure à mettre en œuvre se détermine en fonction du montant et des caractéristiques des prestations à réaliser ; qu'il est indispensable de procéder, en amont, à une définition précise des besoins ; que de cette phase préalable essentielle dépend le choix de la procédure et la réussite ultérieure du marché ;

Qu'il en résulte :

- au stade de la préparation, que la définition des besoins doit porter sur la totalité du projet ;
- que la DCMP soit saisie de l'ensemble du projet et qu'elle soit informée de manière expresse des modifications apportées au projet pour lui permettre d'assurer convenablement sa mission de contrôle ;

Qu'à cet égard, la recommandation de la DCMP vise à mettre en concordance les besoins exprimés par l'autorité contractante avec le règlement de la consultation en vue de garantir la réussite ultérieure du marché ;

Considérant la pertinence de la recommandation de mettre en cohérence les nouvelles quantités avec les clauses des DPAO, il convient pour une poursuite de la procédure soit de respecter les quantités figurant dans le dossier examiné en première revue, soit corriger les DPAO et soumettre à nouveau le dossier à la DCMP ;

Qu'en considération des articles 24 et 28 du Code des obligations de l'administration et sous réserve des prescriptions sus indiquées relativement à la mise en cohérence des quantités et les clauses des DPAO, il convient d'autoriser l'autorité contractante à poursuivre la procédure ; en conséquence,

DECIDE :

1) Constate :

- que le marché susvisé est financé sur les crédits du budget d'investissement 2011 de la PNA ;
- qu'entre la première revue du dossier d'appel d'offres et la revue de la version corrigée le nombre d'articles a varié en hausse sans que cette variation soit mise en cohérence avec les DPAO ;

2) Dit qu'en vertu de l'article 28 du Code des obligations de l'Administration, la suppression ou l'omission de l'alinéa 2 de l'article 52 ancien du Code des Marchés publics ne constitue pas un empêchement à l'ouverture de l'appel d'offres aux entreprises étrangères lorsque les fournitures, travaux ou services objet de la commande publique ne peuvent pas être livrés ou réalisés par des entreprises locales ; en conséquence,

3) Autorise l'autorité contractante à poursuivre la procédure sous réserve de la mise en cohérence des quantités commandées et les clauses des DPAO ;

4) 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, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA