

**DECISION N°137/10/ARMP/CRD DU 24 SEPTEMBRE 2010
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE D'AUTORISATION DE LA PHARMACIE
NATIONALE D'APPROVISIONNEMENT DE PROCEDER A LA SIGNATURE DE SEPT (7)
AVENANTS DE RENOUVELEMENT DE MARCHES D'ACQUISITION DE MEDICAMENTS
SUITE AU REJET DE LA DCMP CONSECUTIF A L'ABSENCE DE CLAUSE RELATIVE AU
PAIEMENT DE LA REDEVANCE DE REGULATION.**

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° 2255/MSP/PNA/DIR/CPM du 24 août 2010 de la Pharmacie nationale d'Approvisionnement (PNA) enregistrée le 25 août 2010 sous le numéro 639/10 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 Mamadou DEME, membres du Comité de Règlement des Différends,

De MM. Youssouf SAKHO, Directeur Général de l'ARMP et Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, 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 en date du 24 août 2010 enregistrée le même jour auprès du CRD, le Directeur de la PNA

Par courrier n° 2255/MSP/PNA/DIR/CPM du 24 août 2010, enregistré le 25 août 2010, sous le numéro 639/10 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, la PNA a introduit une demande d'avis suite au rejet par la DCMP de sa requête portant sur la signature de sept (7) avenants de renouvellement de marchés d'acquisition de médicaments.

SUR LA RECEVABILITE

Considérant que les dispositions combinées des articles 139 du Code des Marchés publics et 22 du décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP donnent compétence au CRD de régler les litiges entre les organes de l'Administration intervenant dans le cadre de la procédure de passation ou d'exécution des marchés publics, délégations de service public et contrats de partenariat ;

Considérant qu'à cet égard, la saisine n'est enfermée dans aucun délai, sauf dans le cas où l'avis concerne la décision d'attribution ou le choix par l'autorité contractante d'une procédure autre que l'appel d'offres ;

Considérant que l'avis défavorable de la DCMP sur la reconduction par avenant de renouvellement de sept (7) marchés d'acquisition de médicaments conclus en 2007 à son profit ne concerne ni une décision d'attribution, ni le choix d'utiliser une procédure autre que l'appel d'offres ;

Il convient dès lors de déclarer la requête recevable ;

LES FAITS

La PNA a transmis à la DCMP pour avis, sept (7) avenants portant sur la reconduction des marchés d'acquisition de produits pharmaceutiques lancés en 2007.

Après examen, la DCMP a rejeté le dossier qui a été soumis finalement au CRD pour avis.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de sa demande, la PNA expose qu'au moment du lancement de l'appel d'offres en 2007, la redevance de régulation n'était pas instituée ;

C'est pourquoi les titulaires des marchés sus nommés refusent de signer les avenants s'ils ne sont pas reconduits dans les mêmes conditions que les marchés de base, au motif que cette dépense n'était pas prise en compte dans leurs offres financières ;

Compte tenu de l'urgence du dossier, le requérant s'est engagé à liquider les montants dû au titre de la redevance de régulation.

LES MOTIFS DONNES PAR LA DCMP

A l'opposé, la DCMP soutient que la seule observation résultant de l'examen du dossier concerne l'absence d'une clause concernant le paiement de la redevance de régulation ;

Que par conséquent, il y a lieu de prévoir ladite clause qui a été rendue obligatoire par le décret n° 2007-546 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP et dont le taux a été fixé par arrêté n°5113/MEF du 10 juin 2010 ;

L'OBJET DU RECOURS :

Il résulte de ce qui précède que la présente requête porte sur l'obligation ou non de mentionner dans l'avenant de reconduction, la clause relative au paiement de la redevance de régulation alors qu'elle n'était ni prévue dans le dossier d'appel d'offres, ni inscrite dans le marché initial.

AU FOND :

Considérant qu'en application de l'article 37 du Code des Marchés publics et en vertu des dispositions des articles premier et 2 de l'arrêté n°5113/MEF du 10 juin 2010 fixant le taux de la redevance de régulation sur les marchés publics, délégations de service public et contrats de partenariat pour l'année 2010, il est institué une redevance de régulation applicable entres autres aux marchés en cours de passation ;

Qu'en application des dispositions de l'arrêté sus visé, la redevance de régulation doit être portée à l'avance à la connaissance des candidats pour sa prise en charge lors de l'établissement de leur offre ;

Copie certifiée
conforme à l'original
le... 04 OCT. 2010

Considérant que l'appel d'offres relatif au marché sus visé a été lancé avant l'entrée en vigueur du premier arrêté n°9762 du 13 novembre 2008 fixant le taux de la redevance de régulation des marchés publics au titre des années 2008 et 2009, pris en application de l'article 37 du Code des Marchés publics ;

Considérant que pour cette raison, il était impossible de prévoir ladite disposition dans le cahier des charges ;

Considérant que même si le renouvellement par avenant du contrat initial est régi, pour leur exécution, par les dispositions réglementaires en vigueur au moment de sa conclusion, il serait inéquitable d'appliquer aux attributaires, des charges financières supplémentaires dont ils n'ont pas été informés lors de la préparation de leur soumission ;

Que si le cahier des charges n'avait pas prévu de clause relative à la redevance de régulation, l'exigence de son paiement ne peut être réclamée au moment du renouvellement ;

Que toutefois, pour se conformer aux dispositions de l'arrêté n°5113/MEF du 10 juin 2010 fixant le taux de la redevance de régulation sur les marchés publics, délégations de service public et contrats de partenariat pour l'année 2010, l'inscription de la clause relative au paiement de la redevance de régulation dans le dispositif des avenants de renouvellement sus nommés peut être effectuée après révision à due concurrence par l'autorité contractante, du montant de l'offre du titulaire du marché ;

Qu'il y'a lieu par conséquent d'autoriser la DCMP à poursuivre la revue du dossier, conformément aux dispositions de l'article 138 du Code des Marchés publics ;

DECIDE :

- 1) Déclare recevable la requête introduite ;
- 2) Constate que la clause litigieuse ne figure ni dans le dossier d'appel à la concurrence établi avant l'adoption de l'arrêté n° 9762 du 13 novembre 2008 fixant le taux de la redevance de régulation des marchés publics au titre des années 2008 et 2009, ni dans le marché signé ; à cet égard,
- 3) Dit qu'à titre exceptionnel, la clause relative à la redevance de régulation peut être inscrite dans le dispositif des avenants à souscrire, après révision à due concurrence par l'autorité contractante, du montant de l'offre du titulaire du marché ;
- 4) Autorise la poursuite de la procédure de passation ;
- 5) 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

Mansour DIOP