



**DECISION N° 131/2021/ARMP/CRD/DEF DU 22 SEPTEMBRE 2021
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE D'AUTORISATION DE POURSUIVRE
LA PROCEDURE DE PASSATION DU MARCHÉ DE CLIENTELE RELATIF A
L'ACQUISITION DE REACTIFS ET CONSOMMABLES POUR LES LABORATOIRES
LANCEE PAR LE CENTRE HOSPITALIER REGIONAL DE ZIGUINCHOR**

**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 modifiée par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006 en ses articles 30 et 31 ;

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 le décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014 portant Code des Marchés publics, modifié ;

VU le décret n°2020-969 du 20 avril 2020 portant nomination des membres du Conseil de Régulation de l'ARMP ;

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

VU la résolution n°07-20 du 28 avril 2020 portant nomination des membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) de l'ARMP ;

VU la saisine du Centre Hospitalier Régional de Ziguinchor du 10 septembre 2021 ;

Madame Henriette DIOP TALL, entendue en son rapport ;

En présence de Madame Aïssé Gassama TALL, assurant l'intérim du Président, Messieurs Moundiaye CISSE et Mbareck DIOP, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De monsieur Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD, assisté par ses collaborateurs, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi et aux principes généraux de la régulation ;

Adopte la présente décision :

Par lettre du 10 septembre 2021, reçue au service courrier de l'ARMP le 13 septembre 2021, le Centre Hospitalier Régional de Ziguinchor (CHRZ) a saisi le Comité de Règlement des Différends (CRD) d'une demande d'autorisation de poursuivre la procédure de passation du marché de clientèle alloti relatif à l'acquisition de réactifs et consommables pour ses laboratoires, après avis négatif du Service Régional des Marchés Publics Pôle de Ziguinchor (SRMPPZ).

SUR LA RECEVABILITE

Considérant que la saisine du CHRZ fait suite à l'avis négatif rendu par le SRMPPZ sur le dossier d'appel à concurrence relatif au marché susvisé ;

Considérant que le décret n°2007-546 du 27 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, en son article 22, donne compétence au CRD pour statuer sur les saisines relatives aux litiges opposant les organes de l'Administration intervenant dans le cadre de la procédure de passation des marchés publics ;

Considérant que le litige oppose le CHRZ, en sa qualité d'autorité contractante au SRMPPZ, organe de contrôle a priori de la passation des marchés publics ;

Qu'il y a lieu de déclarer recevable le présent recours en application de l'article 22 susvisé ;

LES ARGUMENTS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

Le Centre Hospitalier Régional de Ziguinchor soutient avoir soumis à l'organe de contrôle a priori, pour avis, le dossier d'appel d'offres relatif à l'acquisition de réactifs et de consommables pour ses laboratoires, sous forme de marché de clientèle, pour l'exercice 2021.

L'autorité contractante précise que les observations faites ont été, pour l'essentiel, prises en compte sauf celles concernant le marché à commande et l'habilitation à distribuer des médicaments pour les raisons suivantes :

- il est impossible pour ses services de déterminer à l'avance le volume et le rythme des commandes en produits pharmaceutiques (surtout ceux d'aide au diagnostic) au regard de l'impact direct de la pandémie sur les autres maladies ; les quantités précisées sont à titre indicatif et sont déterminées à partir de l'historique des commandes sur une période définie permettant ainsi aux candidats de proposer des prix en tenant compte de l'économie d'échelle ;
- le critère relatif à l'attestation de renouvellement de visa a été modifié pour permettre aux candidats qui se sont conformés à la réglementation, après la publication du dernier arrêté ministériel, de participer à l'appel d'offres et ce critère de qualification ne peut être retiré dans la mesure où la fiabilité du résultat des analyses biologiques dépend en grande partie de la qualité des réactifs utilisés lors de l'examen biologique.

Sur ce dernier point, l'autorité contractante rappelle que les sociétés de distribution de réactifs utilisés pour les analyses de biologie médicale doivent disposer obligatoirement d'un agrément délivré par le Ministère de la Santé.

Le CHRZ précise que la décision n°080/14/ARMP/CRD du 1er avril 2015 invoquée par l'organe de contrôle a priori pour recommander la passation d'un marché à commande ne peut s'appliquer dans ce cas de figure car les contextes sont différents.

En effet, il ajoute que les quantités fixées dans le DAO, à titre indicatif, ne sont pas unitaires et ont été définies de manière réaliste à partir de l'historique des commandes sur une période bien précise qui se rapproche plus des quantités à commander pendant l'exécution du marché, ce qui garantit ainsi lors de la phase de passation un environnement propice à une concurrence saine et loyale comme indiqué par le CRD dans sa décision n°005/13/ARMP/CRD du 2 octobre 2013.

Le Centre Hospitalier Régional de Ziguinchor rajoute que les réactifs et consommables, objet de ce marché, ne sont pas concernés par l'arrêté ministériel qui oblige les structures sanitaires à s'approvisionner au niveau de la Pharmacie Nationale d'Approvisionnement (PNA) pour les médicaments et produits essentiels.

L'autorité contractante conclut en sollicitant du CRD, pour éviter des dysfonctionnements dans la prise en charge correcte des patients, l'autorisation de continuer la procédure de passation sous forme de marché de clientèle qui a l'avantage de lui permettre de ne pas être obligée par des quantités minimales ou maximales lorsque ses besoins sont inférieurs ou supérieurs à celles-ci.

LES MOTIFS DU SERVICE REGIONAL DES MARCHES PUBLICS

L'organe de contrôle a priori, en se basant sur la décision n°080/14/ARMP/CRD du 1er avril 2015, rappelle, pour réserver son avis de non objection, que la fixation des quantités tout en sachant que les commandes dépasseront celles-ci constitue un biais dans la concurrence dans la mesure où ceux qui vont exécuter ce marché seront avantagés par rapport aux autres car détenant des informations plus affinées relativement aux entrants.

Le SRMPPZ rappelle que les structures sanitaires publiques, conformément à l'arrêté ministériel n°8402MSAS CAB-CTM4 du 24 juin 1970, ont l'obligation de s'approvisionner au niveau de la PNA pour les médicaments et produits essentiels pour conclure sur le fait que l'application de l'arrêté susvisé permettrait de prendre en compte les difficultés d'approvisionnement liées à la pandémie COVID 19 et de soustraire du marché les produits qui y sont cités.

L'organe de contrôle a priori a, ainsi, demandé à l'autorité contractante de fixer les quantités minimales et maximales en vue de finaliser la revue du dossier d'appel à la concurrence.

L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits ci dessus exposés que la saisine porte sur une autorisation de poursuivre la procédure de passation du marché relatif à l'acquisition de réactifs et consommables, sous forme de marché à clientèle, après avis négatif du SRMPPZ.

EXAMEN DE LA DEMANDE

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article 25 du Code des Marchés publics (CMP), lorsque l'autorité contractante ne peut déterminer, à l'avance, le volume et le rythme des commandes des fournitures nécessaires à ses besoins, elle peut avoir recours :

- à un marché à commande avec obligation de fixer le minimum et le maximum des fournitures arrêtées en valeur ou en quantité susceptibles d'être commandées au cours de la période déterminée n'excédant pas celle d'utilisation des crédits de paiement, les quantités étant précisées pour chaque commande par l'autorité contractante en fonction de ses besoins à satisfaire ;
- à un marché de clientèle par lequel elle s'engage à confier au fournisseur retenu des commandes portant sur une catégorie de fournitures déterminées sans indiquer la quantité ou la valeur globale des commandes ;

Considérant qu'il s'infère de ces règles que dans le marché à commande, l'autorité contractante reste tenue de déterminer les quantités minimales et maximales des fournitures à commander ;

Considérant que cette obligation n'existe pas dans le cadre d'un marché de clientèle en ce que l'autorité contractante n'est pas tenue d'indiquer la quantité ou la valeur globale des commandes, la seule limite, dans le cadre de ce marché, est celle relative à la disponibilité des fonds dans la ligne budgétaire prévue à cet effet ;

Considérant qu'en l'espèce, le CHRZ a pris l'optique de choisir le marché de clientèle comme le lui permet la réglementation sans indiquer un minimum et un maximum dans les conditions d'approvisionnement des fournitures, ni dans le bordereau des quantités du Dossier d'Appel d'Offres (DAO) ;

Qu'il s'ensuit que l'argument soulevé par le SRMPPZ, sur ce point, n'est pas justifié au regard de l'article 25 du CMP ;

Que par ailleurs, il y a lieu de relever que les décisions de l'ARMP sont rendues au cas par cas, compte tenu des faits de l'espèce ;

Que la décision n°080/14/ARMP/CRD du 1er avril 2015, invoquée par l'organe de contrôle a priori a été rendue dans une procédure bien déterminée dans laquelle le choix de l'autorité contractante a été de fixer une unité pour chaque article alors qu'elle avait la certitude du dépassement de ses commandes ;

Que ces faits sont différents de ceux du dossier car l'examen du DAO montre que le CHRZ, conscient de l'aléa pesant sur le volume de ses commandes, a, comme le lui permet la réglementation, mentionné que les quantités dans le bordereau des prix sont données à titre purement indicatif en précisant qu'elles ne seront utilisées que pour les besoins de l'évaluation financière des offres des candidats afin de déterminer l'offre la moins disante ;

Que dans ce cas, il est de principe que la concurrence entre candidats ne se fera que sur la base des prix unitaires proposés, prix unitaires qui auront un caractère contractuel à l'issue de l'évaluation des offres et de l'attribution du marché ;

Considérant qu'au surplus, l'organe de contrôle a priori a attiré l'attention de l'autorité contractante sur l'arrêté ministériel n°8402MSAS CAB-CTM4 du 24 juin 1970 prévoyant l'obligation pour les structures médicales de s'approvisionner au niveau de la PNA pour les médicaments et produits essentiels utilisés dans la médecine d'urgence lors de la dernière revue, que l'autorité contractante estime que les réactifs et consommables à acquérir pour ses laboratoires ne sont pas concernés par cette décision ministérielle ;

Qu'il y a lieu, en définitive, dans ces conditions, d'ordonner la continuation de la procédure sous forme de marché de clientèle ;

PAR CES MOTIFS

- 1) Dit que dans le marché à commande, l'autorité contractante reste tenue de déterminer les quantités minimales et maximales des fournitures à commander ;
- 2) Dit que cette obligation n'existe pas dans le cadre d'un marché de clientèle en ce que l'autorité contractante n'est pas tenue d'indiquer la quantité ou la valeur globale des commandes ;

- 3) Dit que la seule limite dans le cadre du marché de clientèle est celle relative à la disponibilité des fonds dans la ligne budgétaire prévue à cet effet ;
- 4) Constate que le CHRZ a pris l'optique de choisir le marché de clientèle comme le lui permet la réglementation sans indiquer un minimum et un maximum dans les conditions d'approvisionnement des fournitures, ni dans le bordereau des quantités du DAO ;
- 5) Dit que l'argument soulevé par le SRMPPZ n'est pas justifié au regard de l'article 25 du CMP ;
- 6) Rappelle qu'il est de principe que la concurrence entre candidats, dans le marché de clientèle, ne se fera que sur la base des prix unitaires proposés, prix unitaires qui auront un caractère contractuel à l'issue de l'évaluation des offres et de l'attribution du marché ;
- 7) Dit qu'il y a lieu, en définitive, d'ordonner la continuation de la procédure sous forme de marché de clientèle ;
- 8) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) est chargé de notifier au Centre Hospitalier Régional de Ziguinchor ainsi qu'à la Direction centrale des Marchés publics (DCMP), la présente décision qui sera publiée sur le site officiel des marchés publics.

Le Président, par intérim,



Aïssé Gassama TALL

Les membres du CRD



Moundiaïe CISSE



Mbareck DIOP

**Le Directeur Général,
Rapporteur**



Saër NIANG