AVIS N° 008/09/ARMP/CRD DU 28 MAI 2009 DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION LITIGES SUR LA SAISINE DE LA SONES RELATIVE A L'APPLICATION DU CODE DES MARCHES PUBLICS A L'ACQUISITION DE PRODUITS PHARMACEUTIQUES AU SENEGAL

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 C ode des marchés publics ;

Vu le décret N° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) ;

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

Vu la lettre en date du 19 mai 2009 de la Société nationale des Eaux du Sénégal (SONES) ;

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

En présence de Monsieur Mansour DIOP, Président, MM. Abd'El Kader N'DIAYE et Birahime SECK, membres du Comité de Règlement des Différends,

De MM Youssouf SAKHO, Directeur Général de l'ARMP, 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 19 mai 2009, enregistrée le 20 mai 2009, sous le numéro 329/09, au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, le Directeur général de la SONES a saisi le CRD d'une demande d'avis sur la procédure d'acquisition des produits pharmaceutiques au Sénégal.

A l'appui de sa demande, la SONES a produit la copie de la lettre n° 574/MSP/DPL du 31 mars 2009 de la Pharmacie nationale d'Approvisionnement (PNA) l'invitant à prendre les dispositions nécessaires pour annuler la procédure de demande de renseignements et de prix pour l'acquisition de 350 vaccins Typphin vi et de 350 vaccins Leningo A+C.

Dans sa correspondance, la PNA expose qu'au Sénégal, les prix des médicaments sont homologués et les marges fixées par l'arrêté interministériel n°000188/MSHP/DPM du 15 janvier 2003 ; que de ce fa it, ils ne peuvent pas faire l'objet d'un appel à la concurrence ;

Que par ailleurs, la PNA est la seule structure habilitée à procéder à des appels d'offres de médicaments pour le secteur public;

Qu'enfin, la SONES peut se rapprocher de la Direction de la Pharmacie et des Laboratoires pour bénéficier d'un appui à une acquisition rapide des produits correspondant à ses besoins.

L'OBJET DE LA DEMANDE

Il résulte de ce qui précède que la demande d'avis porte sur l'application du Code des Marchés à l'acquisition de produits pharmaceutiques.

EXAMEN DE LA DEMANDE

Considérant qu'aux termes de l'article 25 de la loi n° 2006-16 du 30 juin 2006 modifiant la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 du Code des Obligations de l'Administration « Aucune réglementation ou procédure particulière à un acheteur public, à une catégorie d'acheteurs ou une catégorie de fourniture, services ou travaux ne peut déroger aux règles fixées par le Code des Marchés publics ou prises en application de ce code » ;

Considérant que les seules dérogations en vigueur à cette prescription résultent des dispositions des articles 3 et 148 du Code des marchés publics et concernent les acquisitions faites aux enchères publiques par le service national du mobilier et les marchés passés à l'étranger par les missions diplomatiques et consulaires ;

Qu'en dehors de ces dérogations, l'exclusion d'une acquisition de biens mobiliers, y compris les produits pharmaceutiques, des règles de passation des marchés publics ne peut être examinée que sous l'angle de l'objet des marchés publics ;

Que dès lors, la question est de savoir si l'acquisition concernée correspond à l'objet du

marché public tel que défini par l'article 4.8 du Code des marchés publics : « le contrat écrit, conclu à titre onéreux par une autorité contractante pour répondre à ses besoins en matière de travaux, fournitures ou services » ;

Que l'objet d'un marché public est de répondre à un besoin préalablement défini par l'autorité contractante ;

Considérant que l'acquisition de vaccins qui correspond à des produits liquides au sens de l'article 4.7 du Code des Marchés publics peut être qualifiée de marché de fournitures répondant aux besoins exprimés par l'autorité contractante ;

Que le fait pour la Pharmacie nationale d'Approvisionnement, établissement public de santé, d'être la structure nationale d'importation, de stockage et de distribution comme grossiste répartiteur des médicaments et des produits essentiels dont les prix sont homologués, ne fait pas obstacle à leur acquisition au plan national par le biais d'une concurrence entre les officines et les dépôts de médicaments ;

Que rien n'interdit aux gérants d'officines et de dépôts de moduler dans les limites posées par la loi leur marge bénéficiaire pour participer à une concurrence libre et saine ;

Que si, en effet, les établissements publics de santé (EPS), les districts sanitaires, les centres et postes de santé et autres structures assimilés ont l'obligation de s'approvisionner auprès de la PNA à 75% pour les EPS et à 100% pour les autres structures publiques de santé, cette obligation ne peut s'étendre aux sociétés et établissements publics soumis à la loi n°90-07 du 26 juin 1990 relatives aux entreprises du secteur parapublic ;

Que par application combinée des dispositions de l'article 8 de ladite loi, de celles de l'article 25 du Code des obligations de l'Administration susvisé et de celles de l'article 1er du décret n° 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics, les marchés passés par les

entreprises du secteur parapublic sont soumis aux règles de passation, d'exécution et de contrôle du Code des marchés publics ;

Considérant qu'à cet égard, lorsque les besoins exprimés par ces personnes ne peuvent être satisfaits que par un cocontractant déterminé pour des raisons tenant à la détention d'un droit exclusif, il peut être passé comme le prévoit l'article 76, un marché par entente directe ;

Considérant que sur la recommandation invitant la SONES à s'approcher de la Direction de la Pharmacie et des Laboratoires (DPL) pour bénéficier des conseils de celle-là, que selon les dispositions des articles 36 et 37 du Code des marchés publics, lorsque la nature ou l'importance des fournitures, services ou travaux concernés le justifient, la commission des marchés peut soit constituer une commission pour un marché particulier, soit faire participer à ses travaux, avec voix consultative, tout expert choisi en fonction de ses compétences particulières et de la nature des prestations objet du marché ; qu'en considération de ces éléments,

EMET L'AVIS QUI SUIT :

1. Dit que la PNA, établissement public de santé, bénéficie d'un monopole pour l'importation, le stockage et la distribution des produits pharmaceutiques destinés au secteur public sanitaire ;

2. Dit qu'en vertu de ce monopôle, les autorités contractantes peuvent conclure après avis de la DCMP des marchés par entente directe pour l'acquisition des produits pharmaceutiques ;

3. Dit que l'acquisition des vaccins correspond à l'objet d'un marché de fournitures de produits prévus à l'article 4.7 du Code des Marchés publics ;

4. Dit qu'elle relève des dispositions dudit code et que, par conséquent, la SONES, qui n'est pas un établissement public de santé, peut s'approvisionner auprès des distributeurs en détail en utilisant le mode de passation approprié prescrit par le code ;

5. Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics est chargé de notifier au Ministère de la Santé, de la Prévention et de l'Hygiène publique, à la PNA, à la SONES et à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP

TELECHARGER LE PDF