

**DECISION N°109/09/ARMP/CRD DU 21 DECEMBRE 2009
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION LITIGES SUR LE
RECOURS DE LA SENELEC SUITE A L'AVIS DEFAVORABLE DE LA DIRECTION CENTRALE DES
MARCHES PUBLICS MOTIVE PAR LA NON SOUMISSION DU DOSSIER D'APPEL A LA CONCURRENCE A
L'EXAMEN PREALABLE, ET LE NON RESPECT DES DELAIS DE PREPARATION DES OFFRES PORTANT
SUR LE MARCHE DE FOURNITURE DE COMBUSTIBLE**

LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION DES 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 Co de des marchés publics ;

Vu le Décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant or ganisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) ;

Vu la décision n° 0005/ARMP/CRMP du 19 mai 2008 portan t règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu la lettre de la SENELEC en date du 15 décembre 2009;

Après avoir entendu le rapport de M. Cheikh Saad Bou SAMBE, rapporteur présentant les moyens et les conclusions des parties ;

En présence de Monsieur Mansour DIOP, Président, de MM Abd'El Kader N'DIAYE, Birahime SECK et Mamadou DEME, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De Monsieur Youssouf SAKHO, Directeur général de l'ARMP, Monsieur Cheikh Saad BOU SAMBE, Directeur de la Règlementation et des Affaires juridiques, Oumar SARR, Conseiller juridique et René Pascal DIOUF, Chargé des enquêtes, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

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

Par lettre mémoire en date du 15 décembre 2009, enregistrée le 16 décembre 2009, sous le numéro 811/09 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, la SENELEC a saisi le CRD en contestation de l'avis de la Direction centrale des Marchés publics (DCMP) relatif au marché de clientèle pour la fourniture de combustible, objet de l'avis d'appel d'offres publié le 29 octobre 2009.

SUR LA RECEVABILITE :

Considérant qu'aux termes de l'article 22 du décret 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, le CRD statue sur les litiges entre les organes de l'administration intervenant dans le cadre de la procédure de passation ou d'exécution des marchés publics dont il est saisi ;

Considérant que la SENELEC a introduit par lettre en date du 15 décembre 2009, enregistrée le 16 décembre 2009, une demande d'arbitrage consécutive au refus de la DCMP d'approuver la procédure de passation du marché susvisé ;

Que le recours doit être déclaré recevable.

LES FAITS

En vue de garantir la sécurité de l'approvisionnement en combustible de ses centrales, la SENELEC a publié dans les journaux suivants, un appel d'offres en procédure d'urgence sur autorisation du Ministre de l'Energie sans obtenir l'avis préalable de la DCMP :

- a) Sud Quotidien des 29 et 30 octobre 2009,
- b) WalFadjiri des 29 et 30 octobre 2009,
- c) Le Soleil des 30 et 31 octobre 2009,
- d) Le Quotidien, du 31 octobre et du 1^{er} novembre 2009,

Après évaluation des offres et attribution provisoire du marché, la DCMP a émis un avis défavorable sur le projet de contrat qui lui a été soumis ;

Par la suite, la SENELEC a introduit un recours auprès du CRD.

Les pièces suivantes ont été communiquées pour l'instruction du dossier :

1. La lettre de la SENELEC n°2165 en date du 28 octobre 2009 ;
2. La lettre de la SENELEC n°2162 en date du 29 octobre 2009 ;
3. La lettre de la SENELEC n°2516 en date du 30 novembre 2009 ;
4. La lettre n°11337 en date du 23 novembre 2009 de la Direction centrale des Marchés publics ;
5. La lettre n°2790/ME/CAB/du 28 octobre 2009 du Ministère de l'Energie ;
6. Le Dossier d'appel d'offres pour la fourniture de combustible ;
7. L'avis d'appel d'offres publié dans le journal Sud Quotidien en date du 29 octobre 2009 ;
8. L'avis d'appel d'offres publié dans le journal Sud Quotidien en date du 30 octobre 2009 ;
9. L'avis d'appel d'offres publié dans le journal Le Soleil en date des 30 et 31 octobre 2009 ;
10. L'avis d'appel d'offres publié dans le journal Walfadjiri en date du 30 octobre 2009 ;
11. L'avis d'appel d'offres publié dans le journal Walfadjiri en date du 29 octobre 2009 ;
12. L'avis d'appel d'offres publié dans le journal Quotidien en date des 31 octobre et 1^{er} novembre 2009 ;
13. Copie de la convocation de la commission des marchés de la SENELEC ;
14. Le rapport d'analyse des offres pour la fourniture de combustible ;
15. Le procès verbal de la commission des marchés ;
16. Copie des extraits des délibérations du Conseil d'administration en date du 12 novembre 2009 ;

SUR LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de sa requête, la SENELEC soutient qu'à l'issue de la mission de revue des partenaires au développement, notamment la Banque mondiale et l'Agence Française de Développement, un certain nombre de mesures ont été retenues pour poursuivre le redressement financier de la société, parmi lesquelles le lancement en procédure d'urgence d'un appel d'offres pour la fourniture de combustible destiné à ses centrales ;

Compte tenu de l'urgence qui s'attache à la mise en œuvre des recommandations de ladite mission de revue, la SENELEC a saisi par lettre n° 2165 en date du 28 octobre 2009, le Ministre de l'Energie afin de solliciter son autorisation pour le lancement de l'appel d'offres susvisé ;

En réponse, le Ministre de l'Energie a donné un avis favorable par courrier en date du 28 octobre 2009.

SUR LES MOTIFS DONNES PAR LA DCMP

A l'appui de son refus de donner un avis favorable sur le marché qui lui a été soumis, la DCMP expose que:

- 1) la SENELEC, en lançant l'appel d'offres sans revue préalable du dossier, a violé les dispositions de l'article 138 du Code des Marchés publics qui donne compétence à la DCMP d'assurer le contrôle a priori des procédures de passation pour tous les marchés dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils fixés par l'arrêté 11580 du 28 décembre 2007 ;
- 2) la SENELEC a fixé un délai de neuf (9) jours entre la date de publication de l'avis d'appel d'offres et celle de la remise des offres, alors que le minimum fixé en cas d'extrême urgence dûment justifiée est de vingt (20) jours pour les appels d'offres nationaux, en référence à l'article 63 du Code des Marchés publics.

SUR L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits et moyens présentés ci-après que le différend entre les parties porte sur le non respect :

- des prérogatives de la DCMP en matière de contrôle a priori ;
- des délais de préparation des offres pour l'appel d'offres lancé en procédure d'urgence ;
- de la durée limite fixée par le Code des Marchés publics pour les marchés de clientèle.

AU FOND

1) Sur le non respect des prérogatives de la DCMP en matière de contrôle a priori :

Considérant qu'aux termes de l'article 138 du décret 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics, la DCMP assure le contrôle a priori des procédures de passation des marchés, et qu'à ce titre, elle émet un avis sur les dossiers d'appel à concurrence avant le lancement de la procédure de passation pour les marchés soumis à son examen ;

Considérant que la SENELEC a sollicité et obtenu cette autorisation auprès de son Ministre de tutelle non habilité à cet effet ;

Qu'à cet égard, il y'a lieu de constater une violation manifeste des dispositions de l'article 138 du Code des Marchés publics, entraînant la nullité absolue du marché, en référence aux dispositions de l'article 18 de 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 ;

2) Sur le non respect des délais de préparation des offres :

Considérant que la SENELEC a publié l'avis d'appel d'offres à la date du 29 octobre 2009, sans attendre que la DCMP chargée du contrôle a priori, ne se prononce sur le dossier ;

Qu'il résulte de la clause 23.1 des Instructions aux candidats, qu'entre la date de remise des soumissions fixée au lundi 9 novembre 2009 et la date de parution de l'avis d'appel d'offres, il s'est écoulé neuf (9) jours francs, alors qu'au terme de l'article 63 du Code des Marchés publics, les délais de préparation des offres ne peuvent être réduits que de dix (10) jours lorsqu'il s'agit d'un appel d'offres en procédure d'urgence, en référence aux dispositions de l'alinéa 6 de l'article 63 du Code des Marchés publics ;

Qu'en procédant de la sorte, la SENELEC n'a pas permis aux candidats potentiels de participer à la compétition, ainsi que l'illustre la demande de report de la date de dépôt des offres consignée dans le procès verbal d'ouverture des plis, formulée par le candidat Total International dont l'offre a été rejetée pour absence de caution ;

Qu'à cet égard, la violation des formalités de publicité prescrites est sanctionnée par la nullité de la procédure de passation du marché, en référence à l'article 24 de 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.

3) Sur la durée du marché :

Considérant qu'au regard des dispositions de l'article 25.1 b) du Code des Marchés publics, les marchés de clientèle sont conclus pour une durée égale à un (1) an renouvelable par avenant, sans pouvoir dépasser deux (2) ans ;

Considérant qu'il ressort de la clause 2.1 des Instructions aux candidats que l'Autorité contractante a envisagé de conclure pour l'appel d'offres susvisé, un marché de clientèle sur une durée de trois (3) ans couvrant les budgets 2009 à 2012, en violation des dispositions de l'article 25.1 in fine du Code des Marchés publics ; qu'en conséquence, ledit marché doit être annulé.

DECIDE :

- 1) Déclare recevable la requête introduite par la SENELEC ;
- 2) Dit que le Ministère de l'Energie n'est pas compétent pour délivrer une autorisation pour le lancement d'un appel d'offres en procédure d'urgence ; en conséquence,
- 3) Dit que la SENELEC s'est contentée de transmettre le dossier d'appel d'offres à la DCMP pour publier l'avis d'appel d'offres alors que les dispositions de l'article 138 du Code des Marchés publics obligent d'attendre la réponse à cette saisine avant de procéder au lancement de la procédure ;
- 4) Déclare que la SENELEC a violé les dispositions de l'article 63 du Code des Marchés publics, qui n'autorisent qu'une réduction de dix (10) jours du délai de préparation des offres en cas d'appel d'offre en procédure d'urgence ; en conséquence,
- 5) Dit que le délai de préparation des soumissions pour un appel d'offres national en procédure d'urgence ne peut être inférieur à 20 jours ;



- 6) Dit que les marchés de clientèle sont conclus pour une durée égale à un (1) an, renouvelable par avenant, sans pouvoir dépasser deux (2) ans ;
- 7) Constate que le marché passé est nul et de nullité absolue, en référence aux dispositions des articles 18 et 24 de 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 et de l'article 25.1 b) du Code des Marchés publics ;
- 8) Dit que le Directeur de l'ARMP est chargé de notifier à la SENELEC et à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP