

**DECISION N° 023/11/ARMP/CRD DU 09 FEVRIER 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN COMMISSION LITIGES SUR LA DENONCIATION DE LA SOCIETE SENEGAL
EVERYDAY INTERNATIONAL TRADE COMPANY (SEITC) DE LA DECISION DE NE
PLUS DONNER SUITE A L'APPEL D'OFFRES APRES ATTRIBUTION PROVISoire
DU MARCHÉ RELATIF A LA CONSTRUCTION D'UN ENTREPOT FRIGORIFIQUE ET
D'UNE FABRIQUE DE GLACE A NDIOM**

**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 ses articles 30 et 31 ;

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, modifié ;

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

Vu la lettre en date du 31 décembre 2010 de la SEITC ;

Après avoir entendu le rapport de Monsieur Oumar SARR, présentant les faits, moyens et conclusions des parties ;

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

De MM Saer NIANG, Directeur général de l'ARMP, Oumar SARR, Conseiller juridique et René Pascal DIOUF, Chargé des enquêtes sur les procédures de passation et d'exécution des marchés publics et délégations de service public, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Adopte la présente délibération fondée sur la régularité du recours :

Par lettre du 31 décembre 2010, enregistrée le même jour sous le numéro 884 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, la SEITC a saisi le CRD d'une réclamation relative à l'« annulation » de l'attribution du lot 1 du marché relatif à la construction d'un entrepôt frigorifique et d'une fabrique de glace à Ndiom.

SUR LA RECEVABILTE DE LA SAISINE DU CRD

Considérant que la SEITC a saisi le CRD d'une réclamation relative à l' « annulation » du marché dont elle a été déclarée attributaire provisoire alors que l'appel d'offres n'a pas été déclaré infructueux ni que l'autorité contractante n'a décidé de ne pas donner suite ;

Considérant que c'est par une simple déclaration verbale du Président du Conseil d'administration du Conseil sénégalais des Chargeurs (COSEC), autorité contractante, que la société requérante a été informée de l'annulation de la procédure ; que cette « annulation » a été confirmée au CRD par le Directeur général de ladite autorité par lettre n°00072/COSEC du 01^{er} février 2011, à l'occasion de la transmission du dossier d'appel d'offres ;

Considérant qu'au regard de ces éléments, la SEITC, désignée attributaire provisoire du lot 1 du marché, n'a pas été mise en état d'user de son droit de recours conformément aux articles 86 et 87 du Code des marchés publics ;

Qu'en conséquence, il convient d'analyser sa saisine comme une dénonciation entrant dans les prévisions de l'article 20 du décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des marchés publics (ARMP) qui dispose : « *Le Comité de Règlement des Différends est chargé :*

- *de recevoir les dénonciations des irrégularités constatées par les parties ou connues de toute autre personne avant, pendant, et après la passation ou l'exécution des marchés et délégations de service public ; si ces faits caractérisent des violations de la réglementation relative à la passation des marchés publics, le Président du Comité saisit, soit la Commission Litiges, soit la Formation disciplinaire, selon les cas ; si ces faits caractérisent des violations de la réglementation relative à l'exécution des marchés publics, il saisit le Comité en formation disciplinaire ; s'ils constituent une infraction pénale, il saisit les juridictions compétentes » ;*

Considérant que la saisine du CRD, effectuée par le Président du CRD, sur le fondement de cette disposition n'est soumise à aucune condition de délai ; qu'en conséquence, il y a lieu de déclarer recevable la présente saisine ;

LES FAITS :

Le COSEC a fait publier dans le journal quotidien « Le Soleil » des 02, 03 et 04 octobre 2009 un avis d'appel d'offres pour des travaux de construction à NDioum, répartis comme suit :

- Lot 1 : Travaux de construction d'un entrepôt frigorifique, d'une fabrique de glace, de chambres froides, de réserve d'eau et la fourniture de groupes électrogènes ;
- Lot 2 : Travaux de construction d'un bâtiment administratif comportant une loge pour gardien, un mur de clôture, une voirie, un assainissement et un raccordement aux réseaux des concessionnaires (électricité, téléphone et eau), d'un parking et d'un aménagement extérieur et l'installation d'un système de sécurité incendie.

A l'ouverture des plis, comme en atteste le procès verbal en date du 04 novembre 2009, trois offres ont été reçues des candidats RDC, SEITC et ESMB, chacun ayant soumissionné pour les deux lots.

Le 03 décembre 2009, comme il résulte du procès verbal d'attribution provisoire, la Commission des marchés du COSEC a proposé à l'approbation de l'autorité contractante l'attribution du marché ainsi qu'il suit :

- Lot 1 au candidat SEITC pour 466 821 050 FCFA;
- Lot 2 au candidat RDC pour 172 674 605 FCFA.

Par lettre n°02089/COSEC du 21 décembre 2009, l'autorité contractante a notifié à la SEITC l'attribution provisoire du marché.

Dans l'attente de la publication de l'avis d'attribution définitif, l'attributaire provisoire a été informé par le Président du Conseil d'administration de l'autorité contractante, de l'« annulation » du marché.

Le 31 décembre 2010, SEITC a saisi le Président du CRD d'une réclamation pour dénoncer cette manière de faire qu'elle a trouvée irrégulière.

LES MOYENS PRESENTES A L'APPUI DE SA SAISINE :

A l'appui de sa réclamation, la SEITC a produit la lettre n°02089/COSEC du 21 décembre 2009 par laquelle, le Directeur général du COSEC lui a notifié l'attribution provisoire du lot 1 du marché pour le prix de 466 821 050 FCFA. Par la même occasion, l'autorité contractante a déclaré revenir vers elle dès que le marché sera approuvé après épuisement du délai de recours non juridictionnel.

La SEITC a exposé sa surprise d'apprendre par le canal du Président du Conseil d'administration l'« annulation » du marché.

MOTIFS INVOQUES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

Par lettre n°00072/COSEC du 01^{er} février 2011, de transmission des documents de l'appel d'offres, le Directeur général du COSEC a déclaré avoir reçu, par lettre en date du 12 novembre 2010 du Président du Conseil d'administration, notification de la décision du Conseil d'administration de ne plus réaliser le projet objet du marché.

OBJET DU LITIGE

Considérant qu'il résulte des faits, moyens et motifs présentés par les parties, que le litige porte sur la régularité de la décision annoncée par le Président du Conseil d'administration d'annuler la procédure de passation du marché, attribué provisoirement à la SEITC.

AU FOND

Considérant que l'examen de l'objet du litige implique aussi que soit déterminée la compétence du président du Conseil d'administration sur ses prérogatives en matière de passation de marchés publics ;

Sur la compétence du Président du Conseil d'administration en matière de passation du marchés publics des établissements publics :

Considérant qu'aux termes des dispositions des articles 27 et 28 du Code des marchés publics, « **la procédure de passation du marché est conduite par la personne responsable du marché qui est habilitée à signer le marché au nom de l'autorité contractante** » ;

Considérant que s'agissant des marchés des établissements publics, agences et autres visé à l'article 2.1c) du décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics, modifié, la personne responsable des marchés est l'organe exécutif désigné conformément aux règles qui leur sont applicables ;

Considérant que le COSEC, établissement public créé par la loi n°75-51 du 03 avril 1975, a pour organe exécutif désigné son Directeur général ;

Considérant outre sa qualité de personne responsable des marchés publics du COSEC, selon l'article 28 d) du Code des marchés publics, le Directeur général est également investi du pouvoir d'approbation des marchés lorsque le montant du marché est inférieur à 50 millions de francs ;

Que le pouvoir d'approbation des marchés ne revient au Président du Conseil d'administration que lorsque le montant du marché est égal ou supérieur à 50 millions mais n'atteint pas 150 millions ;

Qu'au-delà de 150 millions, le marché litigieux étant de 466 821 050 F CFA, le pouvoir d'approbation est de la compétence du Ministre chargé des Finances ;

Que donc, en l'espèce, l'autorité d'approbation est le Ministre chargé des finances et celle compétente pour conduire la procédure de passation du marché le Directeur général du COSEC, lequel est seul habilité à remplir les formalités nécessaires à la passation du marché, notamment effectuer les notifications aux candidats ou soumissionnaires des décisions des organes compétents pour dérouler la procédure de passation, à savoir : la Commission des marchés, la Cellule de passation des marchés, la personne responsable du marché et l'autorité d'approbation du marché ;

Que l'intervention des autorités d'approbation visées à l'article 29 du Code des marchés publics s'opère dans les limites fixées par l'article 82 qui dispose in fine que « **le refus d'approbation du marché par ces autorités ne peut intervenir qu'en l'absence du document attestant de l'existence des crédits suffisants** » ;

Sur la régularité de la décision du Conseil d'administration ou de son Président d'annuler l'attribution du marché au candidat SEITC :

Considérant qu'il n'est pas contesté que le Président du Conseil d'administration a, d'une part, annoncé l'annulation du marché à l'attributaire provisoire et d'autre part, notifié au Directeur général du COSEC l'annulation de la procédure de passation du marché litigieux ;

Considérant qu'aux termes de l'article 51 de la Directive 04/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005, « **si l'autorité contractante décide que la procédure soit annulée, elle en fait la demande motivée à l'entité administrative chargée du contrôle des marchés publics. Les désaccords éventuels seront tranchés conformément aux dispositions réglementaires communautaires en vigueur en matière de contrôle et de régulation des marchés publics et délégations de service public** »

Considérant qu'en dehors de cette hypothèse, comme il résulte des dispositions combinées des articles 11, 64 et 65 du Code des marchés publics, l'autorité contractante qui a reçu et ouvert les offres ne peut pas arrêter la procédure de passation, sauf :

- 1) Lorsqu'aucune offre n'a été remise à l'expiration de la date limite de dépôt des offres ou lorsqu'il n'a été proposé que des offres non conformes, bien que toutes les conditions devant assurer le succès de l'appel à concurrence aient été remplies. Elle peut alors procéder à un appel d'offres restreint conformément aux articles 73 et 74 du Code des marchés publics ;
- 2) Lorsqu'elle décide de ne pas donner suite à un appel d'offres pour des motifs d'intérêt général, tels que la disparition du besoin qui était à l'origine de la procédure ou des montants d'offres trop élevés par rapport à la valeur estimée du marché ;

Que dans tous les cas, pour en décider, comme il est indiqué aux 1) et 2), l'autorité contractante doit au préalable requérir l'avis de la DCMP ;

Considérant que dans le cas d'espèce, il ne résulte ni des éléments du dossier, ni des conclusions des parties que l'autorité contractante a pris l'avis de la DCMP avant de décider de l'annulation de la procédure ;

Que bien au contraire, il ressort des informations obtenues auprès de la DCMP que le marché a, après son approbation le 04 juin 2010, fait l'objet d'immatriculation sous le numéro T0363/10 ;

Considérant ces éléments, il y a lieu de s'interroger sur les intentions du Président du Conseil d'administration de l'autorité contractante lorsque celui-ci a déclaré la procédure de passation du marché annulée ;

Qu'en tout état de cause, la décision querellée est irrégulière en ce que, d'une part, elle ne résulte ni de l'organe compétent, ni de la procédure prévue à cet effet ; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Déclare la saisine du Président du Comité recevable ;

- 2) Constate que le Président du Conseil d'administration de l'autorité contractante a décidé « *d'annuler l'attribution* » du marché relatif à la fourniture de divers équipements électriques et électromécaniques destinés aux stations de pompages des périmètres de Hamady Ounare, Orkadière et l'ouvrage de Dioulol à la SEITC ;
- 3) Dit que cette décision n'a pas été prise ni par l'organe responsable du marché représentant l'autorité contractante, ni conformément à la procédure prévue à cet effet ;
- 4) Dit que l'annulation du marché, décidée par le Président du Conseil d'administration alors qu'il n'est pas l'organe habilité à conduire la procédure de passation en tant que personne responsable, représentant l'autorité contractante, et alors que le marché a fait l'objet d'approbation et d'immatriculation, est irrégulière ;
- 5) Constate que cette décision, indépendamment de l'irrégularité qui la frappe, est, au sens de l'article 89 du Code des marchés publics, de nature à causer un dommage aux intérêts des parties ; en conséquence ;
- 6) Ordonne le retrait de la décision d'annulation et demande à l'autorité contractante de prendre les dispositions nécessaires pour la poursuite de la procédure conformément à la réglementation en vigueur ;
- 7) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la société SEITC, à COSEC ainsi qu'à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA