



**DECISION N° 209/16/ARMP/CRD DU 13 JUILLET 2016
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE DE LA SENELEC VISANT A OBTENIR
L'AUTORISATION DE CONCLURE PAR ENTENTE DIRECTE AVEC LA SOCIETE
HEXING ELECTRICAL CO LTD LE MARCHE RELATIF A LA FOURNITURE DE
COMPTEURS MONOPHASES CPL**

**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 ;

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° 2013-1385 du 31 octobre 2013 portant nomination des membres du Conseil de Régulation ;

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

VU la décision n° 005/ARMP/CRMP du 20 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

VU résolution n° 09-12 du 13 décembre 2012 instituant le versement d'une consignation pour la saisine du Comité de Règlement des Différends ;

VU la résolution n° 14-13 du 03 novembre 2013 portant nomination des membres du Comité de Règlement des Différends ;

Vu la demande d'autorisation introduite par la SENELEC du 5 juillet 2016, enregistrée le même jour au secrétariat du Comité de Règlement des Différends (CRD), sous le numéro 203/16 ;

Monsieur Moustapha NGAIDO entendu en son rapport ;

En présence de Monsieur Mademba GUEYE, Président ; de Messieurs Samba DIOP, Boubacar MAR et Cheikhou Issa SYLLA, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De Monsieur Saër NIANG, Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics, 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 5 juillet 2016, la Société SENELEC a saisi le CRD, suite au refus de la DCMP de l'autoriser à signer, par entente directe, le marché relatif à l'acquisition de cent mille (100 000) compteurs prépayés monophasés avec la société HEXING pour un montant de deux millions six cent onze mille (2 611 000) euros HT/HD afin d'éviter une rupture de stock.

SUR LA RECEVABILITE

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 142.3 du Code des Marchés publics, si l'autorité contractante n'accepte pas les avis et recommandations qui, le cas échéant, auront été formulés par la direction chargée du contrôle des marchés publics concernant la possibilité d'utiliser une procédure autre que l'appel d'offres ouvert ou relatives à la proposition d'attribution du marché, elle ne peut poursuivre la procédure de passation qu'en saisissant le Comité de Règlement des Différends (CRD) près l'organe chargé de la régulation des marchés publics ;

Considérant que la saisine du CRD fait suite à l'avis négatif de la Direction centrale des Marchés publics (DCMP) sur la demande de SENELEC visant à obtenir l'autorisation de conclure, par entente directe, avec l'entreprise HEXING, le marché relatif à l'acquisition de cent mille (100 000) compteurs prépayés monophasés CPL ;

Considérant que le dossier oppose SENELEC, en sa qualité d'autorité contractante, à la DCMP, organe chargé du contrôle a priori de la passation des marchés publics ;

Considérant que dans ce cas de figure, le Code des Marchés publics ne fixe pas un délai de saisine du CRD ;

Qu'il y a lieu de déclarer la saisine de SENELEC recevable, par application de l'article 22 du décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP.

LES FAITS

Dans le cadre de la mise en œuvre de la nouvelle stratégie de mesurage qui englobe le prépaiement (Woyofal), SENELEC a saisi le 15 juin 2016, la Direction centrale des Marchés publics, pour solliciter l'autorisation de passer, par entente directe, le marché relatif à la fourniture de cent mille (100 000) compteurs prépayés monophasés, conformément à l'article 76 alinéa 2 b. du Code des Marchés publics.

Par courrier, en date du 23 juin 2016, la DCMP a émis un avis négatif à la demande de SENELEC.

Après l'avis négatif de la DCMP, SENELEC a saisi le Comité de Règlement des Différends (CRD) par lettre du 5 juillet 2016, enregistrée le même jour au secrétariat du CRD pour obtenir l'autorisation de signer le contrat par entente directe avec l'entreprise HEXING pour un montant de 2 611 000 Euros HT/HD.

LES MOYENS A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de sa demande, SENELEC expose que les besoins en compteurs pour satisfaire la demande de la clientèle voulant souscrire un nouvel abonnement et ceux qui veulent reconvertir leur abonnement en prépaiement dépassent largement ses

prévisions avec l'adoption d'une nouvelle stratégie de mesurage qui englobe le prépaiement (Woyofal) dans le cadre de la modernisation et la sécurité du système de comptage. SENELEC estime qu'elle a une idée bien précise du besoin global en compteurs pour la mise en œuvre de la nouvelle stratégie de mesurage jusqu'en 2020 avec des besoins estimés à 1 600 000 compteurs dont 264 000 déjà acquis.

Par ailleurs, elle estime que l'analyse du plan d'approvisionnement à court et moyen terme fait ressortir la nécessité d'un approvisionnement supplémentaire, en urgence, pour parer aux risques de pénurie dans les prochains mois.

Elle estime que le stock actuel est de 30 000 compteurs et qu'il sera consommé en deux mois compte tenu des besoins mensuels estimés à 15 000 compteurs.

Cette situation ne permet pas de faire face à des urgences, vu qu'un contrat à conclure avec l'entreprise SHENZHEN CLOU ELECTRONIQUE LTD est attendu au mois de novembre 2016.

Par ailleurs, elle estime que toutes les actions de communication et de marketing en faveur du déploiement et du prépaiement ont été suspendues en raison de l'insuffisance du stock de compteurs.

Ensuite, elle considère qu'un plan d'approvisionnement a été mis en place pour stabiliser l'approvisionnement en compteurs à partir de la mise en œuvre de marchés en cours de finalisation.

SENELEC précise que son souci actuel est de faire face à la rupture de stocks d'ici novembre 2016, ce qui va l'obliger à bloquer les demandes de reconversion spontanées et que le stock actuel de 10 000 compteurs est, à peine suffisant, pour satisfaire les nouvelles demandes du mois de juillet 2016 ;

En conclusion, SENELEC demande au CRD de l'autoriser à conclure le marché par entente directe avec l'entreprise HEXING pour un montant de 2 611 000 euros sur la base de l'article 76 alinéa 2.b du Code des Marchés publics pour faire face à une rupture totale de compteurs pouvant représenter un risque vis-à-vis de la clientèle et pouvant entraîner des troubles à l'ordre public, car le déficit prévisionnel ne peut être couvert d'ici le mois de novembre 2016.

LES MOTIFS DONNES PAR LA DCMP

En réponse à la saisine de SENELEC, par lettre du 23 juin 2016, la DCMP estime que le marché porte sur un montant de 2 611 000 euros, soit 1 712 703 727 FCFA.

La DCMP considère que l'utilisation de la procédure d'urgence impérieuse nécessite la réunion de circonstances « imprévisibles », « irrésistibles » et « extérieures » à l'autorité contractante. Elle estime que les motifs invoqués par SENELEC entrent dans une logique préventive contre un éventuel épuisement du stock de compteurs et non dans celle de faire face à la survenue d'une pénurie.

De même, la DCMP soutient que le caractère irrésistible ne semble pas établi, vu que SENELEC a la possibilité de dérouler une procédure d'appel d'offres ouvert en procédure d'urgence sur la période pour l'acquisition dudit matériel.

Il s'y ajoute, selon la DCMP que le rythme de consommation mensuelle des compteurs peut être contrôlé le temps de se faire livrer le matériel qui résulterait du marché d'acquisition de compteurs en phase de finalisation, en différant la satisfaction du besoin des clients qui veulent reconvertir leur abonnement en compteurs prépaiement.

Elle ajoute, en outre, que le marché avec la société SHENZHEN CLOU ELECTRONIQUES LTD relatif à la fourniture de compteurs n'a pas été transmis à la DCMP pour examen juridique et technique, alors que l'avis de non-objection sur l'attribution du marché a été notifié à SENELEC depuis le 1^{er} juin 2016.

En conclusion, la DCMP estime qu'elle ne peut émettre un avis favorable à la demande de SENELEC.

L'OBJET DU RECOURS

Il résulte de la saisine et des faits qui la sous-tendent que SENELEC souhaite obtenir du CRD, l'autorisation de conclure un marché par entente directe avec la société HEXING ELECTRICAL CO, le marché relatif à la fourniture de 100 000 compteurs monophasé CPL.

EXAMEN DU RECOURS

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article 26 du Code des Obligations de l'Administration (COA), l'appel d'offres ouvert constitue le mode de passation de contrats auquel les autorités contractantes doivent recourir par principe ;

Que lorsque des situations particulières surviennent, il est possible de déroger au principe d'appel d'offres ouvert afin de permettre aux acheteurs publics de réaliser les commandes de biens, services et travaux ;

Qu'à cet égard, la procédure d'entente directe figure parmi les modes de passation dérogatoires auquel les autorités contractantes peuvent recourir à la condition de se trouver dans l'une des situations limitativement énumérées par le Code des Marchés publics ;

Considérant que la demande de SENELEC est fondée sur les dispositions de l'article 76.2 –b du Code des Marchés publics, lesquelles conditionnent l'entente directe à l'existence d'une situation d'urgence impérieuse, résultant de circonstances imprévisibles, irrésistibles et extérieures à l'autorité et qui n'est pas compatible avec les délais et règles de forme exigés par la procédure d'appel d'offres ouvert ou restreint ;

Considérant que, certes, une bonne planification aurait permis à l'autorité contractante de dérouler le processus de passation par appel d'offres ouvert et de finaliser la procédure sans être confrontée à un problème de délai ;

Qu'au surplus, la transparence et l'intégrité du système de passation des marchés ne peuvent être préservées que si le taux de marchés par entente directe est réduit au strict minimum et pour des montants acceptables ;

Considérant, toutefois, que certes, comme l'a relevé la DCMP, les circonstances « imprévisibles », « irrésistibles » et « extérieures » ne sont pas réunies en l'espèce ;

Qu'à cet égard, au vu des délais nécessaires pour finaliser la procédure de passation du marché avec la société SHENZHEN CLOU ELECTRONIQUE LTD, qui n'est pas encore transmis à la DCMP pour examen juridique, SENELEC ne peut faire face à une rupture de stock d'ici novembre 2016 ;

Considérant l'importance du secteur énergétique dans la mise en œuvre de la politique de développement économique et social du pays ;

Considérant que SENELEC a adopté une nouvelle stratégie de mesurage qui englobe le prépaiement, la modernisation et la sécurisation du système de comptage et rend difficile les exercices de planification avec précision ;

Considérant que l'analyse du plan d'approvisionnement de SENELEC fait ressortir la nécessité d'un approvisionnement supplémentaire en urgence pour parer aux risques de pénurie dans les prochaines semaines ;

Considérant que la rupture totale de compteurs entre juillet et novembre 2016 peut avoir un impact négatif sur la qualité du service public et la satisfaction de la clientèle ;

Que la mise à disposition des compteurs aux clients à temps est une mission d'intérêt général que SENELEC doit remplir correctement ;

Que sous ce rapport, il y a lieu de tenir compte de l'intérêt général que revêt le projet et d'autoriser SENELEC qui, a, notamment, produit une attestation d'existence de crédits, à conclure le marché par entente directe avec la société HEXING ;

Considérant que conformément aux dispositions de l'article 77.5 du Code des Marchés publics, le marché doit donner lieu à un compte-rendu détaillé de la procédure de passation et d'exécution établi par l'autorité contractante, et communiqué au Premier Ministre et à l'ARMP ;

Considérant, en outre, qu'au regard de l'article 76, il est impératif que l'entreprise choisie accepte de se soumettre à un contrôle des prix spécifiques durant l'exécution des prestations ;

Que dès lors, il revient à l'autorité contractante de veiller à l'application de ces dispositions ci-dessus rappelées ;

PAR CES MOTIFS :

- 1) Déclare recevable la saisine de SENELEC ;
- 2) Constate qu'au regard des faits exposés, le caractère urgent du projet transparaît ;
- 3) Constate que l'imprévisibilité, l'irrésistibilité et l'extériorité ne sont pas des circonstances établies ;
- 4) Dit, que toutefois, compte tenu de l'imminence de la rupture de stock de compteurs de SENELEC, le recours à une procédure autre que l'entente directe expose l'autorité contractante à des risques vis-à-vis de la clientèle et d'atteinte à l'ordre public ;

- 5) Dit qu'il convient de tenir compte de l'intérêt général et d'autoriser SENELEC à conclure le marché, par entente directe, avec l'entreprise HEXING ;
- 6) Ordonne à SENELEC de finaliser le contrat pour la fourniture de compteurs avec SHENZHEN CLOU ELECTRONIQUE LTD, dont l'avis de non-objection sur l'attribution provisoire a été notifié à SENELEC par la DCMP ;
- 7) Ordonne la continuation de la procédure de passation du marché par entente directe ;
- 8) Dit que l'entreprise HEXING devra accepter de se soumettre à un contrôle des prix spécifiques durant l'exécution des travaux ;
- 9) Dit que l'autorité contractante dressera un compte-rendu détaillé de la procédure de passation et d'exécution du marché qui sera communiqué au Premier Ministre et à l'ARMP ;
- 10) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à SENELEC, ainsi qu'à la Direction centrale des Marchés publics, la présente décision qui sera publiée sur le portail officiel des marchés publics.


Le Président

Mademba GUEYE



Les membres du CRD


Samba DIOP


Boubacar MAR


Cheikhou Issa SYLLA

**Le Directeur Général
Rapporteur**


Saër NIANG

