

**AVIS N°010/11/ARMP/CRD DU 27 JUILLET 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE D'AUTORISATION D'APPROUVER
L'AVENANT N°2 AU CONTRAT DE MAITRISE D'OEUVRE INTRO DUIT PAR LE
MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT PRESCOLAIRE, DU MOYEN SECONDAIRE
ET DES LANGUES NATIONALES POUR LA PRISE EN CHARGE DES
PRESTATIONS SUPPLEMENTAIRES DU BUREAU D'ETUDES CHARGE DU
CONTROLE ET DE LA SUPERVISION DES TRAVAUX DE GENIE CIVIL,
SUBSEQUEMMENT A L'AVIS DEFAVORABLE DE LA DIRECTION CENTRALE
DES MARCHES PUBLICS (DCMP).**

**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 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 (ARMP), modifié ;

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

Vu la lettre n° 00305/MEPEMSLN/SG/UCP du Ministère de l'Enseignement Préscolaire, de l'Elémentaire, du Moyen Secondaire et des Langues Nationales (MEPEMSLN) en date du 8 Juillet 2011 ;

Après avoir entendu le rapport de M. Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, rapporteur présentant la requête du demandeur ;

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

De MM. Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP assurant le secrétariat du CRD, Oumar SARR, Conseiller juridique et René Pascal DIOUF, Chargé des enquêtes sur les procédures de passation et d'exécution des marchés publics, délégations de service public et contrats de partenariat, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

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

Par lettre mémoire en date du 08 juillet 2011, reçue le même jour au service du courrier, enregistrée le 11 juillet 2011 sous le numéro 685/11 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, le Ministère de l'Enseignement Préscolaire, de l'Elémentaire, du Moyen Secondaire et des Langues Nationales (MEPEMSLN) a saisi le CRD aux fins de solliciter son arbitrage relativement à la décision défavorable

de la DCMP portant sur la prise en charge, par avenant, des prestations supplémentaires du bureau d'études chargé du contrôle et de la supervision des travaux de génie civil du Projet pour le développement de l'Education (phase IV).

A l'appui de sa demande, le requérant a produit les copies des pièces suivantes :

- Copie de la lettre de la DCMP n°001253/MEF/DCMP/1 2 du 23 mars 2011 ;
- Copie de la lettre du Ministre de l'Economie et des Finances n°004259/MEF/DCMP/3 du 20 mai 2011 ;
- Copie de l'attestation d'existence de crédits,
- Copie de l'avenant n°2 au contrat de maîtrise d'œuvre.

SUR LA COMPETENCE

Considérant que par lettres respectives des 1^{er} et 14 mars 2011, le MEPEMSLN a saisi la DCMP d'une demande d'avis portant sur la prise en charge par avenant des prestations supplémentaires du bureau d'études chargé du contrôle et de la supervision des travaux de génie civil du Projet pour le développement de l'Education (phase IV) ;

Considérant qu'en réponse par lettre en date du 23 mars 2011, la DCMP a donné un avis défavorable à la requête ainsi introduite ;

Considérant que par lettre mémoire en date du 04 mai 2011, le MEPEMSLN a saisi le Ministre de l'Economie et des Finances aux fins de permettre la conclusion dudit avenant ;

Considérant que par courrier réponse du 20 mai 2011, le Ministre de l'Economie et des Finances a déclaré ne pas pouvoir donner suite favorable à la requête ainsi introduite ;

Considérant que sur ces faits, le MEPEMSLN a introduit devant le CRD une demande d'avis relativement à la conduite à tenir par rapport à la décision défavorable de la DCMP ;

Considérant qu'il résulte de la lettre de saisine que le MEPEMSLN a introduit son recours sous la forme d'un avis attendu du CRD, alors que ladite requête a pour objet d'attaquer l'avis défavorable émise par la DCMP en sollicitant l'autorisation du CRD de procéder à l'approbation de l'avenant n°2 ;

Considérant qu'à cet égard, aux termes de l'article 22 du décret 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, la Commission Litiges 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 et délégations de service publics dont le Comité a été saisi ;

Qu'il y a lieu de considérer la présente demande d'avis comme une demande d'autorisation adressée au CRD en vertu des dispositions de l'article 22 du décret 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP et de déclarer le CRD compétent.

MOYENS INVOQUES A L'APPUI DE LA DEMANDE

Dans le cadre de l'Accord de financement du Projet pour le Développement de l'Education (phase IV) dans les régions de Dakar, Diourbel, Louga et Kaolack, l'Accord de prêt n° SE 00 8182 a été signé entre le Gouvernement de la République du Sénégal et la Banque Islamique de Développement (BID).

La mise en œuvre de ce projet comporte un volet de construction d'ouvrages scolaires répartis ci-après :

- 100 salles de classe pour l'élémentaire,
- 38 latrines,
- 03 collèges franco-arabe d'une capacité de 600 élèves chacun,
- 03 collèges classiques d'une capacité de 600 élèves chacun,
- 01 lycée franco-arabe d'une capacité de 1000 élèves,
- Le fonçage de 33 puits busés dans les écoles élémentaires ;

L'exécution de cette composante (génie civil) a nécessité le lancement de plusieurs appels d'offres qui ont abouti à la conclusion de neuf (09) marchés exécutés par les entreprises nationales sous le contrôle et la supervision d'un bureau d'études chargé du suivi des prestations.

Selon le requérant, l'exécution du projet a accusé un retard de quatorze (14) mois entre la date de son entrée en vigueur (16 juin 2004) et la date de mise à disposition des fonds du prêt (26 août 2005), accentué par un versement des fonds de contrepartie de l'Etat intervenu bien plus tard.

Face à ces retards cumulés, le volet génie civil n'a démarré qu'en janvier 2008.

Par ailleurs, des interruptions de plusieurs mois dues à une suspension provisoire des décaissements par la BID et au non paiement à temps réel des décomptes par le Trésor Public ont fragilisé davantage l'exécution du projet.

Cette situation a d'ailleurs amené les autorités à solliciter et obtenir deux prolongations de la date de clôture du projet.

Au regard de toutes ces difficultés, les échéances des différents marchés de génie civil ont connu des dépassements alors que les prestations du bureau d'études assurant la maîtrise d'œuvre se sont poursuivies sans interruption, jusqu'à ce jour.

Pour corriger cette situation, un avenant prenant en charge les prestations supplémentaires du maître d'œuvre a été introduit auprès de la DCMP, qui en retour, a donné un avis défavorable.

MOTIFS DONNES PAR LA DCMP

Au motif de sa décision de rejet, la DCMP déclare constater que les prestations, objet dudit avenant, ont débuté depuis le 30 avril 2009, comme stipulé à l'article 2 du projet d'avenant, alors que l'avenant n'a été soumis à l'approbation de l'autorité contractante qu'à la date du 18 février 2011, soit 22 mois plus tard.

Or, selon les dispositions de l'article 44 du Code des Obligations de l'Administration, « lorsque le contrat est soumis à l'approbation d'une autorité administrative autre que celle qui contracte, il ne peut produire d'effet qu'après cette approbation ».

C'est pourquoi elle ne peut émettre un avis favorable à la demande susvisée.

L'OBJET DE LA DEMANDE

Il résulte de ce qui précède que le litige porte sur la demande d'autorisation du MEPEMSLN de prendre en charge, par régularisation à travers l'avenant n°2, les prestations supplémentaires du bureau d'études chargé du contrôle et de la supervision des travaux de génie civil du Projet pour le développement de l'Education (phase IV), suite à l'avis défavorable de la DCMP.

EXAMEN DE LA DEMANDE

Considérant que selon l'article 23.2 du Code des Marchés publics modifié, un avenant ne peut porter que sur les objets suivants :

- a) la modification de clauses du marché initial n'ayant aucune incidence sur son montant ni sur le volume des fournitures, services ou travaux mais nécessaires à son exécution, y compris les changements affectant l'autorité contractante ou ceux affectant la forme ou la structure juridique du titulaire sans remettre en cause les éléments du choix initial ni l'économie du marché, ni le titulaire du marché;
- b) l'augmentation ou la réduction de la masse des fournitures, services ou travaux excédant les variations maximales prévues par le dossier d'appel à la concurrence ;
- c) la réalisation de fournitures, services ou travaux non prévus au marché mais nécessaires à l'exécution de son objet du fait de la survenance de sujétions imprévues;
- d) la prolongation ou la réduction du délai d'exécution du marché initial ;

Considérant qu'il ressort des dispositions de l'article premier que le projet d'avenant a pour objet de proroger la durée du contrat souscrit avec le cabinet SATA AFRIQUE pour la mission d'études et de supervision du volet génie civil du Projet pour le développement de l'éducation (phase IV), avec comme incidence, une augmentation du marché résultant desdits prestations supplémentaires pour un montant de 62 millions de francs CFA ;

Considérant que si l'on se réfère aux dispositions de l'article 2 dudit avenant, le délai fixé pour l'exécution de l'avenant susvisé est de vingt cinq mois à compter du 30 avril 2009, le délai arrive donc à échéance le 31 mai 2011 ;

Considérant qu'il est dès lors établi que l'autorité contractante veut modifier les clauses du marché initial par un avenant qui porte sur des prestations déjà exécutées, qu'il a ainsi violé les dispositions de l'article 44 du Code des Obligations de l'Administration modifié qui prévoit l'impossibilité pour un contrat de produire ses effets, s'il n'a pas reçu au préalable l'approbation de l'autorité administrative ;

Qu'il y a lieu de rejeter la demande d'autorisation ainsi introduite ;

EMET L'AVIS QUI SUIT :

- 1) Constate que la durée d'exécution de l'avenant litigieux est de vingt cinq mois, à compter du 30 avril 2009 jusqu'au 31 mai 2011 ;

- 2) Constate que la modification envisagée des clauses du marché initial consiste à couvrir des prestations déjà exécutées, en violation des dispositions de l'article 44 du Code des Obligations de l'Administration ; qu'à cet égard,
- 3) Rejette la demande d'autorisation ainsi introduite ;
- 4) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics est chargée de notifier au Ministère de l'Enseignement Précolaire, de l'Elémentaire, du Moyen Secondaire et des Langues Nationales et à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA