

**AVIS N°003/ARMP/CRD DU 18 SEPTEMBRE 2008
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE DE REGULARISATION DU MARCHE
N°3072/HPD/MAT/CM DU 17/12/2007 RELATIF A LA REHABILITATION ET
L'EXTENSION DES SERVICES MEDICAUX DE L'HOPITAL PRINCIPAL DE
DAKAR**

**LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION
DES 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°2002-550 du 30 mai 2002 portant Code des marchés publics ;

Vu le décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code 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 l'Autorité de Régulation des Marchés publics ;

Vu la lettre n°2373/HPD/MAT/CM du 10 septembre 2008 du Directeur par intérim de l'Hopital principal de Dakar ;

Après avoir entendu le rapport de Monsieur Oumar SARR, Conseiller Juridique, présentant les moyens et les conclusions du demandeur ;

En présence de Monsieur Mansour DIOP, Président et de MM. Abd'El Kader NDIAYE, Birahime SECK et Barane THIAM, membres du Comité de Règlement des Différends ;

De Monsieur Youssouf SAKHO, Directeur général de l'ARMP, Cheikh Saad Bou SAMBE et Monsieur Oumar SARR, Conseiller Juridique, 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 ci-dessus visée en date du 10 septembre 2008, enregistrée le 10 septembre 2008 sous le numéro 193 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, l'Hôpital principal de Dakar a saisi l'Autorité de Régulation des Marchés

publics d'une demande de régularisation valant approbation du marché relatif à l'extension des services de l'Hôpital principal de Dakar ;

A la demande sont jointes les pièces suivantes :

- Une attestation d'existence de crédits ;
- Trois originaux du marché ;
- Une copie de la lettre n° 02477/MEF/DCMP du 17/07/2008 du Ministre de l'Economie et des Finances ;
- Une copie de la lettre n°2201/HPD/MATCM du 05/08/2008 du Directeur de l'Hôpital principal de Dakar ;
- Une copie de la lettre n°2257/HPD/MC/MAT du 13/08/2008 du Directeur de l'Hôpital principal de Dakar.

LES FAITS :

Dans le cadre de la réhabilitation et l'extension de ses services médicaux, l'Hôpital principal de Dakar a conclu un marché de travaux avec la société FOUGEROLLE Sénégal SA pour un montant de Un milliard cinq cent quarante trois millions cent vingt huit mille cinq cent soixante dix neuf (1.543.128.579) francs CFA TTC.

Les travaux, selon le demandeur, sont presque terminés.

Suite au changement de dénomination du titulaire du marché, de FOUGEROLLE Sénégal en EIFFAGE Sénégal, l'Autorité contractante a soumis à la DCMP pour avis un avenant pour insérer au marché initial cette nouvelle dénomination.

Par lettre n° 002477 MEF/DCMP du 11 août 2008, la DCMP qui relève que le marché initial a été approuvé par le Directeur de l'Hôpital alors que son approbation relevait de la compétence du Ministre chargé des Finances en vertu des dispositions de l'article 207 du décret n° 2002-550 du 30 mai 2002 portant Code des marchés publics modifié par le décret n° 2007-1549 du 17 décembre 2007, a suggéré à l'Autorité contractante de saisir l'ARMP.

A la suite de cette lettre, par lettre n° 2257 HPD/MAT du 13 août 2008, l'Autorité contractante a saisi le Ministre de l'Economie et des Finances aux mêmes fins. Celui-ci lui a opposé une fin de non recevoir et l'a renvoyé saisir l'ARMP.

Ainsi, par lettre n° 2373/HPD/MAT/CM du 10 septembre 2008, le Directeur par intérim de l'Hôpital principal de Dakar vous a saisi aux fins de trouver une solution au blocage auquel il est confronté.

MOYENS INVOQUES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE :

L'Autorité contractante reconnaît que le défaut d'approbation par l'autorité compétente est un manquement mais soutient, d'une part, que le marché avait été autorisé par la Commission nationale des Contrats de l'Administration (CNCA), d'autre part, il a fait l'objet d'exécution de sorte qu'il lui semble trop tard de réparer le manquement constaté.

En conséquence, elle sollicite de l'Autorité de Régulation de bien vouloir prendre les mesures appropriées pour le déblocage de la situation.

L'OBJET DE LA DEMANDE

La demande a pour objet la validation d'une décision prise par une autorité incompétente.

EXAMEN DE LA DEMANDE :

Les pouvoirs des autorités ou agents publics sont rigoureusement attribués et repartis par la loi, en l'occurrence par le décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics qui en son article 29 définit selon les autorités contractantes et selon le montant des marchés, l'autorité chargée de l'approbation. Sous le régime du décret n° 2002-550 du 30 mai 2002 portant Code des marchés publics, les autorités habilitées à approuver les marchés publics étaient déterminées par l'article 207 modifié par le décret n°2007-1549 du 17 décembre 2007.

La conséquence est que nulle autorité ou nul agent public ne peut exercer d'activité que dans le cadre de la compétence juridique qui lui a été dévolue. En cas de non respect, l'acte accompli est nul, sauf cas du fonctionnaire de fait sous des conditions bien précises.

Or, le cas d'espèce ne relève pas de cette hypothèse.

En l'espèce, s'agissant de l'Hôpital principal, devenu établissement public par la loi n° 2000-01 du 10 janvier 2000, en vertu des dispositions du décret n° 2007-1549 précitées les marchés sont approuvés par le Ministre chargé des Finances lorsque leur montant est égal ou supérieur à cent cinquante millions (150.000.000) de francs.

Or, le marché concerné est d'un montant de 1.543.128.579 francs CFA TTC et qu'il a fait l'objet d'exécution sans être approuvé par l'autorité habilitée à cet effet ;

A cet égard, selon 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 effet qu'après cette approbation »

Que l'existence des crédits nécessaires aux travaux concernés et l'autorisation préalable de la CNCA ne dispensent pas l'autorité contractante de l'approbation du marché par l'autorité habilitée à cet effet ; que sans cette approbation le marché n'est pas conclu.

Cependant, si des prestations ont été fournies avec l'assentiment de l'Administration et lui ont profité, comme c'est le cas en l'espèce, le prestataire peut obtenir une indemnité, conformément aux dispositions de l'article 45 du Code des obligations de l'Administration.

Quant à l'avenant, dont l'existence est liée à celle du marché initial, il ne peut être conclu que si celui-ci a été régulièrement approuvé.

EMET L'AVIS QUI SUIT :

- 1) Constate que l'Hôpital principal est un établissement public et qu'à ce titre, ses marchés sont approuvés par le Ministre chargé des Finances lorsque leur montant est égal ou supérieur à 150.000.000. de francs CFA TTC ;
- 2) Constate que le marché concerné est d' un montant de 1.543.128.579 francs CFA TTC et qu'il a fait l'objet d'exécution sans être approuvé par l'autorité habilitée à cet effet ; en conséquence,
- 3) Dit que la DCMP est fondée à ne pas donner un avis favorable à la proposition de modification par avenant audit contrat qui n'est pas susceptible de régularisation ;
- 4) Renvoie l'autorité contractante aux dispositions de l'article 45 du Code des obligations de l'Administration ;
- 5) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à l'Hôpital Principal de Dakar et à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP