AVIS N°004/11/ARMP/CRD DU 13 AVRIL 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION LITIGES SUR LA SAISINE DU CENTRE HOSPITALIER NATIONAL PSYCHIATRIQUE DE THIAROYE RELATIVE A UN AVENANT AU MARCHE DE SUBSTITUTION SIGNE AVEC L'ENTREPRISE ATEX CONCERNANT LA REHABILITATION ET L'EXTENSION DE LA DIVISION III DUDIT CENTRE

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 son article 30 ;

Vu le décret n° 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics modifié, notamment en ses articles 86, 87 et 88 ;

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

Vu la lettre n° 000402/CHNPT/DIR du Directeur du Centre Hospitalier national Psychiatrique de Thiaroye (CHNPT), en date du 29 mars 2011 ;

Après avoir entendu le rapport de M. René Pascal DIOUF, Chargé des enquêtes, rapporteur présentant la requête du demandeur ;

En présence de Monsieur Abdoulaye SYLLA, Président, assisté de MM. Ndiacé DIOP et Mamadou DEME, membres du Comité de Règlement des Différends,

De Messieurs Saër NIANG, Directeur général de l'ARMP, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, 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 de la saisine, les faits et moyens exposés ci après :

Par lettre du 29 mars 2011, enregistrée le 06 avril 2011 sous le numéro 233/11 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, le Directeur du CHNPT a saisi le CRD d'une demande d'avis ayant pour objet le projet d'avenant relatif au marché de substitution signé avec la société ATEX, consécutivement à la résiliation du marché initial dont l'attributaire était SOCER SARL.

A l'appui de sa demande, le Directeur du CHNPT a exposé que suite à la défaillance de SOCER SARL, titulaire du marché n° 006 signé le 5 juin 2007, pour un montant de 54 986 732 FCFA, et exécuté jusqu'à équivalence de la somme de 34 779 107 FCFA TTC, un marché de substitution d'un montant de 20 698 828 FCFA, immatriculé sous le numéro T 0059/11 du 17 janvier 2011, a été signé avec ATEX, second soumissionnaire moins disant.

Le Directeur a ajouté qu'il est apparu que des travaux supplémentaires doivent être réalisés pour le parfait achèvement de l'ouvrage, à savoir la Division 3 de l'hôpital faisant l'objet de réhabilitation et d'extension, ce qui justifie la signature d'un avenant qui, de l'avis de la Direction centrale des Marchés publics (DCMP) doit être cantonné à 30% du marché de substitution d'un montant de 20 698 828 FCFA, alors que le Directeur estime que la base du calcul de ce pourcentage est le contrat initial signé pour un montant de 54 986 732 FCFA.

En conséquence, tout en précisant ne pas faire un recours contre l'avis de la DCMP, mais solliciter un avis aux fins « d'approfondissement de la réflexion », le Directeur du CHNPT a fait observer, en outre, que le montant retenu des travaux supplémentaire (15 192 701 FCFA) ne permettra pas de terminer les travaux dans les meilleures conditions. Il a également appelé l'attention sur la sensibilité de la Division 3 dans l'organisation de l'hôpital et dans le volet préventif de la santé mentale en raison, d'une part, de sa vocation à accueillir les malades mentaux en errance et des malades internés et, d'autre part, du blocage des crédits d'investissement futurs du fait de la non finalisation des travaux.

L'OBJET DE LA DEMANDE :

Il résulte de la saisine et des faits qui la soutiennent que la demande d'avis porte sur la détermination du contrat qui doit faire l'objet d'un avenant et le paiement des travaux supplémentaires non pris en compte par l'avenant.

EXAMEN DE LA DEMANDE :

1- Sur le contrat qui doit être la base de la signature de l'avenant

Considérant que les articles 87 et 88 du Code des Obligations de l'Administration prévoient, d'une part, que lorsque le cocontractant de l'Administration a commis des fautes très graves, le contrat peut être résilié et, d'autre part, que la résiliation met définitivement fin au contrat et que le cocontractant en supporte les charges pécuniaires selon les modalités fixées par la loi ou la convention ;

Considérant que, par ailleurs, l'article 56 du COA pose le principe de la relativité des contrats administratifs en ce qu'ils n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, ne nuisent pas aux tiers et ne leur profitent que dans le cas de stipulation au profit d'un tiers prévu à l'article 57 du COA ;

Considérant que, dans ces conditions, la résiliation du marché signé avec SOCER SARL prononcée par lettre n° 000267/CHNPT/CA a mis un terme aux relations contractuelles entre les parties et ne saurait donc, sans violer le principe de la relativité des contrats, servir de base à la signature d'un avenant avec ATEX ;

Qu'il ya lieu de dire, en conséquence, que l'avenant ne peut avoir pour seule base que le marché de substitution d'un montant de 20 698 828 FCFA, dans les conditions fixées à l'article 24 du Code des marchés Publics ;

2- <u>Sur le paiement des travaux supplémentaires non pris en compte par l'avenant</u>

Considérant qu'il est de principe qu'un marché de substitution doit avoir le même objet que le marché initial et que les travaux prévus dans le nouveau marché ne devraient pas différer de ceux ayant fait l'objet du marché initial ;

Qu'au cas contraire, le surcoût lié à l'achèvement des travaux par une autre entreprise ne peut être mis à la charge de l'entreprise défaillante ;

Considérant que, dans le même ordre d'idées, relativement à l'inquiétude du Directeur du CHNPT de ne pouvoir achever les travaux supplémentaires, dont le coût est évalué à 15 192 701 FCFA, si l'avenant portait sur le marché de substitution, il convient de préciser que les dépenses mises à la charge de l'entreprise correspondent au coût d'achèvement des travaux et doivent permettre de couvrir la différence résultant des conditions financières du marché attribué de nouveau et celles du marché initial, y compris s'il y a lieu, l'actualisation des prix ;

Que dans ces conditions, il appartient à l'hôpital de calculer le surcoût des travaux né de l'avenant- qui, au même titre que le marché de substitution, doit être notifié à SOCER SARL- sous réserve de l'identité de leur objet avec celui du contrat initial et de le mettre à la charge de SOCER SARL, soit par prélèvement sur les sommes qui lui sont dues au titre du marché, soit par la mise en jeu des garanties constituées pour l'exécution du marché, sans préjudice des droits à exercer sur lui en cas d'insuffisance, en application de l'article 133 du Code des marchés publics ;

EMET L'AVIS QUI SUIT :

1) Dit que l'avenant ne peut porter que sur le marché de substitution signé avec ATEX et dans les conditions fixées à l'article 24 du Code des Marchés Publics ;

2) Rappelle qu'un marché de substitution doit avoir le même objet que le marché initial et que les travaux prévus dans le nouveau marché ne devraient pas différer de ceux initialement envisagés ;

3) Dit que pour le surcoût des travaux né du marché de substitution, il appartient au CHNPT de le calculer et de le mettre à la charge de SOCER SARL, conformément à l'article 133 du Code des Marchés Publics ;

4) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics est chargé de notifier au CHNPT et à la DCMP, le présent avis qui sera publié.

Le Président

Abdoulaye SYLLA