

**DECISION N° 008/09/ARMP/CRD DU 26 JANVIER 2009
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES SUR LA SAISINE DE LA DIRECTION GENERALE DE LA CONSTRUCTION
DES BATIMENTS ET EDIFICES PUBLICS CONSIDERANT LES EXIGENCES DE
PRODUCTION DE CERTAINES PIECES ET INFORMATIONS COMME UN AVIS
DEFAVORABLE DE LA DCMP A SA DEMANDE DE RESILIATION DU MARCHÉ DE
TRAVAUX DE CONSTRUCTION D'UN CENTRE PEDAGOGIQUE ET D'UN BLOC
TECHNIQUE A L'INSTITUT DE PEDIATRIE SOCIALE DE KHOMBOLE**

**LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION DES
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, 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 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° 562 MUHHHA/BM/SP du 24 décembre 2008 de la Direction générale de la Construction des Bâtiments et Edifices publics (DGCBEP) ;

Après avoir entendu le rapport de M. Oumar SARR, rapporteur présentant les moyens et les conclusions des parties,

En présence de Monsieur Mansour DIOP, Président, de MM Abd'El Kader N'DIAYE, et Birahime SECK, membres du Comité de Règlement des Différends,

De MM. Youssouf SAKHO, Directeur général de l'ARMP, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, 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 mémoire en date du 24 décembre 2008, enregistrée le 30 décembre 2008, sous le numéro 456, au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, le Directeur général de la DGCBEP a saisi, conformément aux dispositions de l'article 139.3 du décret n° 2007-545 précité, le Comité de Règlement des Différends de l'avis défavorable de la Direction centrale des Marchés publics (DCMP) à sa demande de résiliation du marché de travaux de construction d'un centre pédagogique et d'un bloc technique à l'Institut de Pédiatrie sociale de Khombole ;

SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS :

Considérant que la présente saisine est fondée sur les dispositions de l'article 22 du décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP qui donne compétence au CRD pour régler 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 public ;

Qu'en ce cas, la saisine du CRD n'étant enfermée dans aucun délai, il convient de déclarer recevable la DGCBEF en sa saisine ;

LES FAITS :

Par lettre n° 389/MUHHHADGCBEP/DIM du 05 septembre 2008, la DGCBEF a saisi la DCMP d'une demande de résiliation du marché de travaux relatif à la construction d'un centre pédagogique et d'un bloc technique à l'Institut de Pédiatrie sociale de Khombole.

Pour instruction et soumission de ladite demande au Ministre de l'Economie et des Finances, la DCMP a réclamé les documents et informations qui suivent :

- la garantie de remboursement de l'avance de démarrage ;
- le cautionnement définitif ;
- les retenues de garanties opérées ;
- des éléments d'information sur la réalisation des différentes garanties ci-dessus énumérées et copies des documents les justifiant ;
- le calcul du décompte des pénalités de retard ;
- l'état contradictoire des paiements effectués avec indication du solde.

Par lettre n° 003924/MEF/DCMP du 24 novembre 2008, la DCMP a communiqué à la requérante le modèle d'arrêté en usage et qui figure dans le guide méthodologique élaboré par la DCMP.

En réponse, par lettre n° 449/MUHHHA/DGCBEP/ct/santé du 08 octobre 2008, se prévalant des dispositions de l'article 126 du Code des marchés publics, la DGCBEF a déclaré s'en tenir aux termes de sa requête et a sollicité de la DCMP de soumettre tel quel le projet d'arrêté de résiliation à l'autorité compétente.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS :

La DGCBEF soutient qu'aux termes de l'article 126 sus visé, l'initiative de la résiliation appartient à l'Autorité contractante ; celle-ci a, comme en attestent les multiples mises en demeure restées sans effet, constaté les manquements graves du titulaire à l'exécution du marché incriminé ; qu'il n'y a aucune différence entre le texte du modèle fourni par la DCMP et le texte du projet soumis à celle-ci par la DGCBEF.

Que par ailleurs, « *les pièces réclamées par la DCMP entrent dans le cadre de la gestion de l'exécution technique du projet sur lequel travaille l'Autorité contractante pour obtenir une situation contradictoire avec l'entreprise défailtante dès signature de l'arrêté de résiliation conformément à l'article 130 du Code des marchés publics* ».

SUR LES MOTIFS DONNES PAR LA DCMP :

Par lettre n° 003565/MEF/DCMP du 13 octobre 2008, la DCMP expose que le projet d'arrêté soumis à son examen ne comporte pas les mentions et dispositions obligatoires qui figurent sur le modèle d'arrêté approuvé et soumis à la signature du Ministre de l'Economie et des Finances ; que selon les services de la DCMP, les informations demandées résulteraient des instructions du ministre compétent ; que donc, à défaut pour le demandeur de satisfaire à la communication de documents et informations requis, elle ne saurait poursuivre l'instruction de la demande.

SUR L'OBJET DU LITIGE :

Il ressort des faits et énonciations des moyens résultant des écrits des parties que le litige porte sur l'étendue des pouvoirs d'instruction de la DCMP lorsqu'elle examine les dossiers de résiliation de marchés publics soumis au Ministre de l'Economie et des Finances.

AU FOND :

Considérant qu'aux termes de l'article 87 du Code des obligations de l'administration, sauf pour la résiliation de la concession de service public qui est prononcée par le juge, lorsque le cocontractant de l'Administration commet une faute grave, l'Administration a compétence pour résilier le contrat sous le contrôle du juge ;

Considérant qu'en application de cette disposition, le Code des marchés publics, notamment en ses articles 126 et suivants, attribue la faculté de résilier à l'Autorité contractante ;

Qu'à cet effet, la seule obligation qui pèse sur cette dernière est de procéder à une mise en demeure préalable du cocontractant défaillant ;

Que dès lors, en l'absence de toute réglementation des conditions d'approbation par le Ministre de l'Economie et des Finances de la décision de résiliation prise par l'autorité contractante, la DCMP doit-elle limiter son instruction à la seule vérification de l'accomplissement de la formalité de mise en demeure préalable du cocontractant défaillant ou réclamer la production de documents et informations relatifs à la gestion du contrat soumis à résiliation ?

Considérant, sur la compétence propre de la DCMP, qu'aux termes du décret n°2007-547 du 25 avril 2007, celle-ci assure un contrôle a priori des procédures de passation des marchés publics ; que ni le contrôle de l'exécution des marchés ni la résiliation de ceux-ci ne relèvent des attributions de la DCMP qui, en l'espèce, instruit les dossiers de résiliation au nom et pour le compte du Ministre de l'Economie et des Finances, autorité investie du pouvoir d'approbation des marchés de l'Etat lorsque le montant du marché est égal ou supérieur à 100 000 000 de francs CFA ;

Considérant que celui-ci tient son pouvoir d'approbation de la décision de résiliation, en application du principe de parallélisme des formes et des procédures, ainsi que des dispositions de l'article premier du décret n° 2007-1590 du 31 décembre 2007 modifiant l'article 29 du Code des marchés publics qui l'investissent du pouvoir d'approuver les marchés de l'Etat, comme ci-dessus indiqué ;

Qu'en effet, à défaut de procédures spéciales expressément prévues, un acte qui a été entouré obligatoirement de certaines formes substantielles ne peut être mis à néant ou modifié par un acte contraire que moyennant l'accomplissement des mêmes formalités ; qu'en vertu de ce principe dit de parallélisme des formes et des procédures et, conformément à la répartition des compétences faite par l'article premier du décret n° 2007-1590 sus visé entre les autorités chargées de l'approbation des marchés, il revient à l'autorité investie du pouvoir d'approbation du marché d'en approuver la résiliation ;

Qu'il s'en suit que la DCMP, service relevant du pouvoir hiérarchique du Ministre de l'Economie et des Finances, instruisant les dossiers de résiliation des marchés soumis à celui-ci, tient ses prérogatives de cette autorité qui, même si elle a la possibilité de s'en tenir aux dispositions de l'article 126 sus visé pour prendre la décision de résiliation, est libre de définir les conditions de prise de cette décision dans le cadre de ses compétences et en respect des procédures existantes ; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Déclare recevable la DGCBEP en sa saisine ;
- 2) Constate que la procédure pour obtenir l'arrêté de résiliation à l'initiative de l'autorité contractante n'est pas spécifiée ;
- 3) Dit que l'approbation de la décision de résiliation du marché conclu conformément aux dispositions du Code des marchés publics appartient, en vertu du principe du parallélisme des formes, à l'autorité qui est investie du pouvoir d'approbation du marché soumis à résiliation ;
- 4) Dit que la DCMP qui instruit les demandes de résiliation des marchés publics adressées au Ministre de l'Economie et des Finances tient ses prérogatives de ce dernier qui définit les conditions de prise de sa décision ; en conséquence,
- 5) Dit que la DGCBEP doit satisfaire aux exigences d'informations et de documents formulées par la DCMP au nom et pour le compte du Ministre de l'Economie et des Finances en ce qui concerne les marchés soumis à l'approbation de cette autorité ;
- 6) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics est chargé de notifier à la DGCBEP et à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP