

**DECISION N°138/10/ARMP/CRD DU 24 SEPTEMBRE 2010
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LA SAISINE DU PROJET HÔPITAL DALAL JAMM
CONTESTANT L'AVIS DEFAVORABLE DE LA DCMP SUR LE RAPPORT
D'ANALYSE COMPARATIVE DES OFFRES ET SUR LE PROCES VERBAL
D'ATTRIBUTION DU MARCHE RELATIF A LA FOURNITURE D'EQUIPEMENT
MEDICAL**

**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, 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°00095/PR/PHDJ/DG du 25 août 2010 du Projet d'Hôpital Dalal Jamm ;

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, MM. Abd'El Kader N'DIAYE et Mamadou DEME, membres du Comité de Règlement des Différends ;

De Messieurs Youssouf SAKHO, Directeur Général de l'ARMP, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, 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 n°00095/PR/PHDJ/DG du 25 août 2010, enregistrée le même jour, sous le numéro 638/10, au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, le Projet Hôpital Dalal Jamm a contesté l'avis défavorable de la DCMP à la poursuite de la procédure après examen du rapport d'analyse comparative des offres et du procès verbal d'attribution du marché relatif à la fourniture d'équipement médical.

SUR LA RECEVABILITE:

Copie certifiée
conforme à l'original
le 24 NOV. 2010

Considérant qu'aux termes des articles 81.4 et 139.3 du code des Marchés publics, si l'autorité contractante n'accepte pas les recommandations formulées par la DCMP sur la proposition d'attribution du marché, elle ne peut poursuivre la procédure de passation qu'en saisissant le CRD dans un délai de trois (3) jours ouvrables suivant la réception de ces recommandations ;

Considérant que dans le cas d'espèce, l'avis contesté de la DCMP a été émis le 24 août 2010 ;

Que le CRD a été saisi par lettre en date du 25 août 2010 ;

Considérant qu'il résulte de ces constatations que la saisine du CRD a été faite dans le délai légal de recours prévu à l'article 81.4 du Code des marchés publics ; qu'en conséquence, il convient de déclarer recevable le présent recours ;

LES FAITS

Suite au dépouillement de l'appel d'offres pour la fourniture d'équipement médical, la Commission des marchés constituée par le Projet Hôpital Dalal Jamm a établi le rapport d'évaluation des offres et le procès verbal d'attribution du marché.

Par lettre en date du 11 juin 2010, le responsable du marché a saisi la DCMP pour avis sur le rapport comparatif des offres et le procès verbal d'attribution provisoire.

Le 24 août 2010, la DCMP a émis un avis défavorable à la poursuite de la procédure.

Par lettre en date du 25 août 2010, le Directeur du Projet a saisi le CRD et a sollicité l'autorisation de continuer la procédure de passation aux motifs qui suivent.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de sa demande, le Directeur du Projet a soutenu que les motifs avancés par la DCMP au soutien de son avis ne sont pas fondés.

En effet, sur la régularité de la Commission des marchés qui a ouvert les plis et évalué les offres, constituée par le Projet, il convient de relever qu'aux termes de l'article 4 décret présidentiel n°2003-451 du 23 juin 2003, le Directeur du Projet a la capacité de lancer des appels d'offres.

En procédant de la sorte, le Président de la République visait deux objectifs :

- émanciper la structure de toute tutelle ;
- réaliser le projet d'infrastructure dans les délais prescrits.

Les marchés relatifs aux études architecturales et au génie civil ont été passés sur la base de ce postulat. Il serait maintenant inconvenant de vouloir remettre dans le jeu du Ministère de la Santé le Projet qui lui avait été retiré et même mis hors de sa tutelle.

Sur le défaut de signature par les membres de la Commission des marchés de l'attestation de prise de connaissance des dispositions de la Charte de la



Transparence et d’Ethique, il faut relever que la DCMP n’avait pas auparavant attiré l’attention du Projet sur cette formalité qui a été finalement accomplie.

Le requérant a conclu à la nécessité de continuer la procédure. Il a soutenu qu'une décision négative aura pour effet de provoquer :

- l'arrêt du chantier ;
- l'annulation des Accords de crédit dont les délais de mobilisation ont été déjà prorogés ;
- l'octroi d'avenants au Bureau d'études et au prestataire pour non respect des délais contractuels ;
- l'hémorragie des devises avec la poursuite des évacuations sanitaires.

LES MOTIFS DONNES PAR LA DCMP

Par lettre n°003895/MEF/DCMP/44 du 24 août 2010, la DCMP a justifié son avis défavorable à la poursuite de la procédure pour les motifs suivants :

- la Commission des marchés qui a procédé à l'évaluation des offres et a proposé à l'attribution provisoire le marché litigieux est irrégulière en ce qu'elle est constituée par le Projet qui n'est pas en soi une autorité contractante. Il n'est pas non plus maître d'ouvrage délégué car la maîtrise d'ouvrage déléguée ne se présume pas. La Commission compétente, en la matière, est celle de l'autorité de tutelle, en l'occurrence le Ministère chargé de la Santé. Le fait que le décret n°2003-451 du 23 juin 2003 portant création du Projet habilite le Directeur du Projet de lancer les appels d'offres, ne confère pas la personnalité morale audit Projet ;
- les membres de la Commission et leurs suppléants n'ont pas signé l'attestation de prise de connaissance de la Charte de Transparence et d'Ethique.

SUR L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des développements qui précèdent que le différend porte :

- sur la qualité d'autorité contractante du Projet d'Hôpital Dalal Jamm ; et en conséquence,
- sur ses prérogatives de se constituer une Commission des marchés.

AU FOND

Considérant qu'aux termes de l'article 36 alinéa 1^{er} du Code des marchés publics, les commissions des marchés sont composées de représentants de l'autorité contractante dont le nombre et les conditions de désignation sont déterminés par chaque catégorie d'autorité contractante par arrêté du Ministre chargé des Finances après avis de l'Organe chargé de la Régulation des Marchés publics, ainsi que des représentants des autres administrations et organismes concernés mentionnés à l'article 37 ;

Qu'aux termes de l'article 2 du Code des marchés publics, sont autorisés contractants :

- a) l'Etat, les collectivités locales, y compris leurs services décentralisés et les organisations ou agences non dotées de la personnalité morale, placées sous leur autorité ;
- b) les Etablissements publics ;
- c) les agences ou organismes, personnes morales de droit public ou privé, autres que les Etablissements publics, les sociétés nationales ou sociétés anonymes à participation publique majoritaire, dont l'activité est financée majoritairement par l'Etat ou une collectivité locale et s'exerce essentiellement dans le cadre d'activités d'intérêt général ;
- d) les sociétés nationales et les sociétés anonymes à participation publique majoritaire régies par la loi n°90-07 du 26 juin 1990 ;
- e) les associations formées par les personnes visées au paragraphe a) à d) ci-dessus.

Considérant qu'il résulte de cette disposition que les autorités contractantes se répartissent entre les administrations publiques et leurs organes déconcentrés et les administrations publiques décentralisées y compris les sociétés privées créées par les administrations publiques, autorités contractantes, ou à participation publique majoritaire ou agissant pour le compte d'une autorité publique ;

Que dans le cas d'espèce, la question est de déterminer la catégorie d'autorité contractante dont relève le Projet Hôpital Dalal Jamm, autrement dit en quelle qualité d'autorité contractante celui-ci a agi pour procéder à ses acquisitions ;

Sur la qualité d'autorité contractante du Projet d'Hôpital Dalal Jamm :

Considérant qu'au-delà de l'article 2 précité du Code des marchés publics qui détermine les autorités contractantes, la personnalité morale qui ne se déduit pas résulte de la loi ; qu'en effet, aux termes de la Constitution du 07 janvier 2001, notamment en son article 67, la loi fixe les règles concernant, entre autres, la nationalité, l'état de la personne et la capacité des personnes ;

Considérant que le Projet Hôpital Dalal Jamm est comme son nom l'indique un Projet doté d'un Conseil scientifique et d'un Directeur général ;

Que si le décret portant création dudit Projet fait de son Directeur responsable de la passation des marchés passés pour le compte dudit Projet, il ne peut pas de ce fait conférer la personnalité morale audit Projet ;

Que, même s'il n'est pas désigné une autorité de tutelle au Projet par le décret le constituant, le Projet n'est pas un organe décentralisé pouvant être assimilé aux établissements publics visés à l'article 2 b) et aux agences et organismes dotés de la personnalité morale visés aux paragraphes c) et d) du même article ; qu'il n'est pas non plus au sens du paragraphe e) une association formée par les autorités contractantes visées aux paragraphes a) à d) ;

Copie certifiée
conforme à l'original
le 24 NOV. 2010

Considérant qu'il reste à rechercher du côté du paragraphe a) de l'article 2.1 du code qui vise les autorités contractantes étatiques et locales et leurs organes déconcentrés, si le Projet Hôpital Dalal Jamm est concerné par cette disposition ;

Qu'à cet égard, il est manifeste que le Projet ne peut être assimilé à l'Etat en tant que tel ni aux collectivités locales ; qu'il ne peut non plus être rattaché à ces dernières ou relevé d'elles comme organe déconcentré ; qu'il en résulte donc que le Projet qui est une création de l'Etat, entendu au sens de l'institution exécutive, ne peut relever, en raison des dispositions de l'article 67 de la Constitution, que de la catégorie des organes déconcentrés de l'Etat ;

Qu'à ce titre, le Projet ne peut pas être considéré comme autorité contractante au sens de l'article 2 précité a fortiori se constituer une Commission propre des marchés publics ;

Que la disposition de l'article 4 du décret n°2003- 451 du 23 juin 2003, invoquée par le Directeur du Projet, qui le désigne comme autorité investie de la capacité de lancer des appels d'offres, ne lui confère pas la qualité d'autorité contractante mais celle de responsable du marché chargé de la conduite de la procédure de passation des marchés passés pour le compte du Projet ;

Qu'en effet, cette faculté que lui octroie le décret est la traduction de l'article 27 du Code des marchés publics qui dispose en son alinéa 1^{er} que « **la procédure de passation est conduite par la personne responsable du marché qui est habilitée à signer le marché au nom de l'autorité contractante** » ; que la personne responsable du marché n'est pas à confondre avec celle d'autorité contractante ;

Sur ses prérogatives de se constituer une Commission des marchés :

Considérant les développements qui précèdent, il ressort que le Projet Hôpital Dalal Jamm n'est pas une autorité contractante ; que donc elle est incompétente à constituer une Commission des marchés propre ;

Considérant que l'irrégularité de la composition de la Commission des marchés entraîne la nullité des actes pris par ladite commission ;

Considérant que cependant, dans le cas d'espèce, ni le décret portant création du Projet Hôpital Dalal Jamm, ni celui portant répartition des services entre la Présidence de la République et les Ministères n'ont désigné d'autorité de tutelle audit Projet, qu'il en résulte pour ledit Projet une impasse de nature à bloquer son bon fonctionnement ;

Considérant qu'il en résulte certainement, soit un oubli, soit une volonté de ne pas soumettre à l'autorité du Ministre chargé de la Santé, ledit Projet ;

Que par conséquent, le requérant qui n'est pas une autorité contractante au sens de l'article 2 du Code des marchés publics, mais un organe déconcentré de l'Etat comme l'indique le paragraphe a) dudit article, le Projet se trouve, sans sa volonté, dans une situation de blocage pour passer valablement ses marchés ;

Copie certifiée
conforme à l'original
le 24 NOV. 2010

Qu'à cet égard, aux termes de l'article 21 du décret n°2007-546 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, le CRD, statuant en Commission Litiges, a pour mission, entre autres, d'ordonner toute mesure corrective de la procédure de passation et que, par ailleurs, selon l'article 89 du Code des marchés publics, sa décision doit avoir pour effet de corriger la violation alléguée ou d'éviter que d'autres dommages soient causés aux intérêts concernés ;

Considérant que la violation alléguée relative à la Commission des marchés relève d'un vide juridique indépendant de la volonté du requérant ;

Que sa sanction, comme le soutient, du reste, le requérant, aura probablement pour effet de provoquer :

- l'arrêt du chantier ;
- l'annulation des Accords de crédit dont les délais de mobilisation ont été déjà prorogés ;
- l'octroi d'avenants au Bureau d'études et au prestataire pour non respect des délais contractuels ;

Considérant que ces événements, s'ils se réalisent, auront des conséquences dommageables pour les parties ; que la déclaration d'irrégularité de la Commission peut conduire nécessairement à remettre en cause tous les actes d'achats publics évalués et les propositions d'attribution proposés par la Commission des marchés interne au Projet et, conséquemment, attribués ;

Que pour ces raisons, il convient, à titre exceptionnel, d'autoriser la continuation de la présente procédure et de celle déjà engagée et d'ordonner au requérant de veiller à ce que ses marchés soient à compter de cette décision évalués par la commission constituée par son organe de rattachement qu'il appartient au Président de la République parallèlement à la création du Projet de spécifier; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Reçoit le Projet Hôpital Dalal Jamm en sa saisine ;
- 2) Constate que le Projet Hôpital Dalal Jamm est, au sens de l'article 2.1a) du Code des marchés publics, un organisme non doté de la personnalité morale ; que de ce fait, sa Commission des marchés se confond avec celle de son autorité de tutelle ;
- 3) Constate que ni le décret créant ledit Projet, ni le décret portant répartition des services entre la Présidence de la République et les Ministères n'ont rattaché ledit Projet à aucune autorité de tutelle, ni même au Ministère chargé de la Santé, ce que celui-ci, saisi à ce sujet, a confirmé suivant lettre n°125/MSP/SG du 19 novembre 2010 ;
- 4) Dit que cette absence de rattachement a eu pour conséquence pour le Projet de faire évaluer ses marchés par une Commission des marchés qui n'est pas celle normalement compétente ;

Copie certifiée
conforme à l'original
le 24 NOV. 2010

- 5) Constate que l'application des règles normales de constitution des Commissions des marchés aura pour effet de causer des dommages aux intérêts des parties concernées par les marchés passés et en cours ; en considération de ces éléments et par application de l'article 89 du Code des marchés publics et de l'article 21 du décret portant organisation et fonctionnement de l'ARMP,
- 6) Autorise, à titre exceptionnel, le requérant à poursuivre la procédure de passation du marché objet de la présente saisine et des procédures de marchés déjà engagées ;
- 7) Dit que, à compter de la présente décision, les marchés qui seront passés au nom et pour le compte du Projet, doivent être soumis en ce qui concerne leur dépouillement, évaluation et proposition à l'attribution à la Commission telle que définie au Code des Marchés publics régulièrement composée par l'autorité de tutelle qu'il appartient au Président de la République de désigner parallèlement à la création du Projet ;
- 8) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier au Projet Hôpital Dalal Jamm, au Secrétariat général de la Présidence de la République, au Ministère chargé de la Santé ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP