



DECISION N° 080/19/ARMP/CRD/DEF DU 08 MAI 2019

DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION LITIGES, SUR LA SAISINE DU MINISTERE DE LA SANTE ET DE L'ACTION SOCIALE (MSAS) SOLLICITANT L'AUTORISATION DE POURSUIVRE L'EXECUTION DU MARCHÉ RELATIF A LA FOURNITURE ET L'INSTALLATION D'EQUIPEMENT DE MORGUE POUR L'HOPITAL DALAL JAMM, SUITE AU REFUS DE LA DIRECTION CENTRALE DES MARCHES PUBLICS D'IMMATRICULER L'AVENANT AU MARCHÉ N° 00148/PHDJ/13 DU 10 OCTOBRE 2013

LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION 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° 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 le décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014 portant Code des Marchés publics ;

VU le décret n° 2017-527 du 11 avril 2017 portant nomination des membres du Conseil de Régulation (CR) de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP), modifié par le décret n° 2018-802 du 30 avril 2018 ;

VU la décision n° 0005/ARMP/CRMP du 20 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

VU la résolution n° 04/17 du 20 avril 2017 portant nomination des membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) de l'ARMP ;

VU la saisine du Ministère de la Santé et de l'Action sociale (MSAS) ;

Sur rapport de l'Inspectrice aux Enquêtes, Madame Catherine Aïssata BA ;

En présence de Monsieur Oumar SAKHO, Président ; de Messieurs Abdourahmane NDOYE, Alioune Badara FALL et Ibrahima SAMBE, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De Monsieur Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD, assisté par ses collaborateurs, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi et aux principes généraux de la Régulation ;

Adopte la présente décision fondée sur les faits et moyens ci-dessous développés ;

Par lettre n° 17061/MSAS/DIEM/DM/OME/sp du 13 décembre 2018, reçue et enregistrée le 27 décembre 2018 à l'ARMP, le Ministère de la Santé et de l'Action sociale (MSAS) a saisi le CRD pour demander l'autorisation de capitaliser le marché susvisé.

SUR LA RECEVABILITE

Considérant que le décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, en son article 22, donne compétence à la Commission des Litiges du Comité de Règlement des Différends, de statuer sur les saisines relatives aux litiges opposant 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 ;

Considérant que le Ministère de la Santé et de l'Action sociale (MSAS) a saisi le CRD, suite au refus de la Direction centrale des Marchés publics (DCMP), organe de contrôle a priori, placé sous la tutelle du Ministère de l'Economie, des Finances et du Plan, d'immatriculer l'avenant au marché n° 00148/PHDJ/13 du 10 octobre 2013 ;

Que dans ce cas d'espèce, la saisine n'étant soumise à aucun délai, il y a lieu de la déclarer recevable ;

LES FAITS

Pour rappel, en 2003, le Gouvernement du Sénégal a pris le décret 2003-451 du 23 juin 2003 portant création du projet de l'hôpital Dalal Jamm, placé sous la direction d'un directeur général ayant pour mission d'assurer, pour le compte de l'Etat, tous les contacts avec le Royaume d'Arabie Saoudite, partenaire financier, de préparer et de lancer les appels d'offres, de mobiliser les financements et de suivre la réalisation de l'hôpital. Les fonds, destinés à la construction et à l'équipement de l'hôpital et, gérés par le Ministère de l'Economie, des Finances et du Plan, conformément aux accords de financement entre le Royaume d'Arabie Saoudite et le Gouvernement du Sénégal, sont assurés par l'Etat du Sénégal, le Fonds saoudien de Développement (FSD), la Banque arabe pour le Développement économique en Afrique (BADEA), le Fonds OPEP pour le Développement international (OFID), selon la clé de répartition suivante :

- Etat du Sénégal (25, 92 %)
- FSD (41, 67 %)
- BADEA (18,52 %)
- OFID (13, 89%)

La réception provisoire des travaux relatifs au génie civil s'est faite en juin 2014, mais sur demande du maître d'ouvrage, il avait été prévu la réalisation de travaux complémentaires, nécessaires à la bonne installation des équipements. La partie sénégalaise devait soumettre avant la fin du mois d'octobre 2015, une requête accompagnée d'un dossier détaillé au Fonds Saoudien, pour examiner la possibilité de financer ces travaux complémentaires, dans la limite des reliquats disponibles.

En ce qui concerne la fourniture et l'installation des équipements médicaux, le marché avait été lancé par appel d'offres international et divisé en onze (11) lots.

Les lots 5.2 (Radiothérapie), 9 (Rééducation fonctionnelle) et 11 (Morgue) ont été attribués au groupement Vamed/Certec. Cependant, des difficultés avaient été notées dans l'exécution, relativement aux modalités de règlement des montants dus aux fournisseurs.

Au préalable, il avait été retenu, avec les bailleurs, le système des lettres de crédit et le paiement était assujéti au versement de la quote-part de l'Etat du Sénégal sur le compte du projet, ouvert à l'United Bank For Africa (UBA) au Sénégal et, aux lettres de domiciliation irrévocable des bailleurs dans les livres de la banque. Au préalable, le projet devait justifier le paiement des 10 % d'avance de démarrage faite aux fournisseurs par les bailleurs.

A l'ouverture des lettres de crédit, les copies devaient être envoyées aux bailleurs pour qu'ils préparent leurs formalités de décaissement. A la réception des marchandises à Dakar, et après vérification, UBA Sénégal paie les fournisseurs, en mettant en place un crédit relai de quatre-vingt dix (90) jours. Lorsque la preuve des paiements est envoyée aux bailleurs, le crédit est remboursé intégralement.

Par la suite, UBA n'a jamais reçu, ni la quote-part de l'Etat, ni les lettres de domiciliation irrévocable des bailleurs dans ses livres, ni la preuve du paiement de l'avance de démarrage aux fournisseurs.

Par télécopie du 11 mai 2015, la BADEA informait le Gouvernement du Sénégal, par l'intermédiaire de la Direction des Investissements, des difficultés qu'elle rencontrait pour faire aboutir les paiements dans les comptes de la BNP, où était domicilié le compte du groupement, pour les besoins du paiement du montant du marché.

C'est finalement, en février 2017, que la BADEA a réussi à effectuer les virements relatifs à l'avance de démarrage, au profit du groupement.

Suivant décret n° 2017-283 du 08 février 2017, le Gouvernement du Sénégal a procédé au remplacement de l'unité de gestion du projet, en abrogeant le décret n° 2003-451 précité et, désigné le Ministère de la Santé et de l'Action sociale (MSAS), comme autorité chargée de la gestion du projet, lequel a pris l'arrêté n° 02766 du 17 février 2017, portant création, organisation et fonctionnement d'un comité de pilotage de l'hôpital Dalal Jamm.

Face aux difficultés, relatives entre autres, au paiement et au changement d'autorité contractante, une réunion des bailleurs a eu lieu à Dakar, le 21 décembre 2017, en présence de toutes les parties prenantes, y compris les représentants de l'Etat du Sénégal, d'UBA et du groupement Vamed-Certec, avec comme objectif principal, d'examiner les contraintes et d'envisager des mesures permettant la livraison dans les plus brefs délais, des lots restants, à savoir les lots 5.1, 6, 8, 10 et 11.

A l'issue de la réunion, les mesures envisagées consistaient à surseoir au mode de paiement par lettres de crédit et, d'adopter, ensuite, le principe de paiement direct aux fournisseurs et, enfin de préparer des projets d'avenants qui devaient être soumis à l'appréciation des bailleurs et clarifier les nouvelles modalités de paiement.

C'est à cet effet que le projet d'avenant au marché de base n° 00148/PHDJ/DG/13, pour un montant de 34 594 345 F CFA HT/HD, a été établi et soumis à la BADEA, à l'OFID et au FSD, qui ont donné leur avis de non-objection sur ledit projet.

L'avenant a ensuite été soumis à la DCMP qui a refusé de procéder à son immatriculation, au motif que le marché de base n'a pas fait l'objet d'immatriculation.

Face à ce blocage, le Ministère de la Santé et de l'Action sociale (MSAS) a saisi le CRD.

LES MOYENS DEVELOPPES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

A l'appui de sa demande, le Ministère de la Santé et de l'Action sociale (MSAS) explique que c'est en 2017, que le décret n° 2017-283 du 08 février 2017 lui a confié la gestion du Projet de l'hôpital Dalal Jamm, mais qu'il était géré depuis sa création, en 2003, par une unité de gestion qui a initié toutes les procédures de passation des marchés de l'hôpital.

Le requérant informe qu'après vérification des documents mis à sa disposition par l'ancienne autorité contractante, il a constaté que le marché de base n'a été ni immatriculé, ni « approuvé ».

Sur ce, le Ministère de la Santé et de l'Action sociale (MSAS) sollicite du CRD l'autorisation de capitaliser la procédure, vu le caractère urgent du dossier et, dans la mesure où le groupement Vamed/Certec, titulaire du marché, a déjà reçu une avance de démarrage sur la base de ce marché non immatriculé.

Dans la note complémentaire communiquée au cours de l'instruction du dossier, le MSAS ajoute qu'en 2013, le Directeur général du projet était, d'après l'article 4 du décret 2003-451, l'autorité habilitée à préparer et lancer les appels d'offres et, à signer les marchés.

LES MOTIFS AVANCES PAR LA DCMP

La DCMP expose que l'examen du dossier afférent au projet d'avenant au marché de base n° 00148/PHDJ/DG/13, d'un montant de 34 594 345 F CFA HT/HD, lui a révélé, qu'en plus de l'absence du numéro d'immatriculation, ledit marché n'est pas approuvé, alors que, soutient-elle, conformément aux dispositions de l'article 29 du Code des Marchés publics, l'acte d'approbation, matérialisé par la signature de l'autorité compétente, est l'acte administratif nécessaire pour donner effet au marché. Sur ce, elle a recommandé à l'autorité contractante de saisir l'Autorité de Régulation des Marchés publics pour la conduite à tenir.

OBJET DE LA SAISINE

Il résulte de la saisine et des faits et moyens qui la sous-tendent, qu'il s'agit d'une demande d'autorisation d'immatriculer un projet d'avenant, nonobstant l'absence de la formalité d'immatriculation du marché de base.

EXAMEN DE LA SAISINE

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 86 du Code des Marchés publics, les marchés régulièrement conclus, y compris ceux passés par demande de renseignements et de prix à compétition ouverte (DRPCO), sont transmis à la DCMP pour immatriculation, avant leur notification à l'attributaire ;

Considérant qu'en l'espèce, il ressort de l'examen du dossier que le marché de base n°00148/PHDJ/13 a été souscrit le 16 septembre 2013, entre l'unité de gestion du projet de l'hôpital Dalal Jamm et le groupement Vamed/Certec, pour un montant de 34 594 345 F CFA HT/HD, approuvé le 10 octobre 2013 par le directeur général de l'hôpital et, notifié le 22 octobre 2013 ;

Qu'il apparait, eu égard au montant du marché, que le contrat a bien été approuvé par l'autorité compétente, conformément à la réglementation en vigueur au moment de l'approbation ;

Considérant, par contre, qu'il est constant que l'autorité contractante n'avait pas soumis le contrat de base à la DCMP pour la formalité d'immatriculation et qu'en conséquence, le refus d'immatriculer l'avenant au marché de base est justifié ;

Considérant, du reste, qu'il ressort de l'examen des pièces du dossier que le délai d'exécution fixé dans le marché initial était de six (06) mois, à compter de la date de notification du contrat ;

Considérant, qu'il est constant que le contrat n'a jamais connu un début d'exécution, à cause des difficultés rencontrées par les parties, pour le paiement de l'avance de démarrage et dues, également, aux changements institutionnels intervenus dans la gestion de l'hôpital ;

Considérant qu'il est de règle que l'exécution d'un contrat peut être interrompue ou suspendue par la survenance d'évènements imprévisibles ;

Qu'ainsi, en l'espèce, il apparait que le marché de base n'a pas expiré, son exécution ayant été suspendue par des circonstances extérieures à la volonté des parties ;

Que, d'ailleurs, il résulte des éléments objectifs du dossier que les parties ont toujours manifesté leur volonté de poursuivre l'exécution du marché ;

Que, c'est dans ce cadre, que le groupement Vamed/Certec a déjà reçu paiement de l'avance de démarrage ;

Considérant, en outre, que le marché est financé, en majeure partie, par des partenaires techniques et financiers et notamment, la BADEA, le SOFID et le FSD, qui ont donné, sans réserves, leur avis de non objection pour la conclusion de l'avenant ;

Qu'il s'y ajoute que ces partenaires ont assuré la disponibilité des fonds destinés au financement du marché ;

Considérant, en outre, que l'avenant est sans incidence financière et a, seulement, pour objet, le changement d'autorité contractante, la modification du mode de paiement et la prorogation du délai de fourniture et d'installation des équipements ;

Considérant, surtout, que le marché est relatif à la fourniture et l'installation des équipements de la morgue de l'hôpital Dalal Jamm, installé dans la banlieue sénégalaise, pour permettre aux populations de garder leurs morts ;

Qu'il apparait, dès lors, que l'absence d'une telle infrastructure qui est d'utilité publique risque de porter un lourd préjudice à ces populations ;

Qu'il y a lieu, par conséquent, d'autoriser, à titre exceptionnel, l'immatriculation du marché de base n° 00148/PHDJ/DG/13 et de l'avenant audit marché ;

PAR CES MOTIFS :

- 1) Constate que le marché de base n° 00148/PHDJ/13 a été souscrit le 16 septembre 2013, entre l'unité de gestion du projet de l'hôpital Dalal Jamm, et le groupement Vamed/Certec, pour un montant de 34 594 345 F CFA HT/HD ;
- 2) Constate que ce marché a été approuvé le 10 octobre 2013 par le directeur général de l'hôpital et, notifié le 22 octobre 2013 ;
- 3) Constate, toutefois, que le contrat n'a pas été immatriculé par la Direction centrale des Marchés publics (DCMP) ;
- 4) Dit que son refus d'immatriculer l'avenant au marché de base est justifié ;
- 5) Constate que l'exécution du marché de base a été interrompue par la survenance d'évènements imprévisibles et extérieures à la volonté des parties ;
- 6) Dit que le marché de base n'a pas expiré ;
- 7) Constate que le groupement VAMED/CERTEC a déjà reçu paiement de l'avance de démarrage dans le cadre de l'exécution du marché de base ;
- 8) Constate que le marché est financé, en majeure partie, par les partenaires techniques et financiers et notamment, la BADEA, le SOFID et le FSD, qui ont donné, sans réserves, leur avis de non objection pour la conclusion de l'avenant ;
- 9) Constate que ces partenaires ont assuré la disponibilité des fonds destinés au financement du marché ;

- 10) Constate que l'avenant est sans incidence financière et a, seulement, pour objet, le changement d'autorité contractante, la modification du mode de paiement et la prorogation du délai de fourniture et d'installation des équipements ;
- 11) Constate que le marché est relatif à la fourniture et l'installation des équipements de la morgue de l'hôpital Dalal Jamm, installé dans la banlieue sénégalaise, pour permettre à des millions de sénégalais de conserver leurs morts ;
- 12) Dit que l'absence d'une telle infrastructure, qui est d'utilité publique, risque de porter un lourd préjudice aux populations environnantes ;
- 13) Autorise, en conséquence, à titre exceptionnel, l'immatriculation du marché de base n°00148/PHDJ/DG/13 et de l'avenant audit marché, souscrit le 30 juillet 2018 ;
- 14) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) est chargé de notifier Ministère de la Santé et de l'Action sociale (MSAS), ainsi qu'à la Direction centrale des Marchés publics (DCMP), la présente décision qui sera publiée sur le site officiel des marchés publics.

Le Président



Oumar SAKHO

Les membres du CRD



Ibrahima SAMBE



Alioune Badara FALL



Abdourahmane NDOYE

**Le Directeur Général,
Rapporteur**

Saër NIANG

