

**DECISION N°155/11/ARMP/CRD DU 27 JUILLET 2011  
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN  
COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE DU MINISTERE DE L'HABITAT,  
DE LA CONSTRUCTION ET DE L'HYDRAULIQUE RELATIVE A L'AVIS  
DEFAVORABLE DE LA DCMP AU PROJET D'AVENANT VISANT A PRENDRE  
EN CHARGE LES HONORAIRES ADDITIONNELS DE L'ARCHITECTE DECLARE  
PREMIER LAUREAT ET CORRESPONDANTS A DE NOUVEAUX BESOINS  
EXPRIMES ET REALISES APRES PROCLAMATION DES RESULTATS ET  
REMISE DES PRIX DU CONCOURS D'ETUDES ARCHITECTURALE ET  
TECHNIQUE, DU CONTROLE ET DE DIRECTION DES TRAVAUX DE  
CONSTRUCTION DU SIEGE DE L'AGENCE NATIONALE DE LA STATISTIQUE  
ET DE LA DEMOGRAPHIE.**

**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 modifié par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006 en ses articles 30 et 31 ;

Vu le décret n° 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics, modifié.

Vu le décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics, modifié ;

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

Vu la lettre n°00006MHCH/DGCBEP/DCBEP/CP/GG du 13 mai 2011 du DGCBEP ;

Après avoir entendu le rapport de Monsieur Oumar SARR, présentant les faits et conclusions des parties ;

En présence de Monsieur Abdoulaye SYLLA, Président, et de MM. Abd'El Kader NDIAYE, Mamadou DEME, Ndiacé DIOP, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De MM. Saër NIANG, Directeur général de l'ARMP, assurant le secrétariat du CRD, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques 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 du recours :

Par lettre du 13 mai 2011, enregistrée le 16 mai 2011 au bureau du courrier et enregistrée au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends le 9 juin 2011 sous le numéro 486/11, la DGCBEP a saisi le CRD pour avis sur le projet d'avenant visant à prendre en charge les honoraires générées par les modifications apportées au programme initial du Concours d'études architecturales et techniques, du contrôle et de direction des travaux de construction du siège de l'Agence nationale de la Statistique et de la Démographie après proclamation des résultats et distribution des prix dudit concours lancé par l'autorité contractante.

## **SUR LA NATURE ET LA RECEVABILITE DE LA SAISINE**

Considérant que la présente saisine fait suite à l'avis négatif émis par la DCMP relativement au projet d'avenant susvisé présenté par l'autorité contractante ;

Considérant que la saisine du CRD a pour fondement les dispositions de l'article 139.3 du Code des marchés publics qui subordonne la poursuite de la procédure de conclusion de l'avenant à la saisine du CRD en cas d'avis défavorable de la DCMP ;

Considérant que, par ailleurs, aux termes de l'article 22 du décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics, la Commission Litiges du Comité de Règlement des Différends est compétente pour régler des litiges entre les organes de l'Administration impliqués dans les procédures de passation des marchés publics ;

Qu'en considération de ces dispositions et de l'effet éventuel de l'avis requis sur celui émis par la DCMP, il convient de dire que la présente saisine relève des prévisions de l'article 22 susvisé ; qu'en conséquence, elle requiert du CRD une décision en lieu et place d'un avis ;

Qu'en considération de ces développements et du fait que la présente saisine de par sa nature n'est soumise à aucune contrainte de délai, il y'a lieu de la déclarer recevable ;

### **LES FAITS**

Le 10 juillet 2006, le MHCH a lancé un concours ouvert portant sur des études architecturales et techniques, de contrôle et de direction des travaux de construction du siège de l'Agence nationale de la Statistique et de la Démographie.

A l'ouverture des plis, le 27 mars 2007, le jury a reçu et ouvert sept (7) offres sur treize (13) dossiers retirés.

Le 26 avril 2007, après délibération, le jury a attribué :

- le premier prix au projet n°4 présenté par le Cabinet Municipalité Services ;
- le deuxième prix au projet n°3 présenté par le Cabinet Archi-Technics ;
- le troisième prix au projet n°6 présenté par le Groupement d'Architectes ;
- le quatrième prix au projet n°2 présenté par le Groupement d'Architectes constitué par MM. Pathé GUEYE, Aboubékrine GUEYE, Seydou DIAWARA et Mme Oumy DIAGNE.

Il a été conclu le 30 janvier 2009 avec le premier lauréat, à savoir le Cabinet d'Architecture Municipalité Services, un marché de contrôle et de direction des travaux pour le montant de Deux cent quatre vingt onze millions cinquante six mille deux cent cinquante sept (291 056 257) F CFA TTC calculé sur la base de l'estimation au mètre carré du projet initial issu du concours d'architecture.

Après conclusion de ce marché, il a été décidé par le Ministre de l'Urbanisme et de l'Aménagement du territoire de modifier le programme initial et de porter à huit niveaux le projet de bâtiment. A cet effet, par lettre n°01213MEF/ANSD du 16 mai 2007, le Directeur général de l'ANSD, bénéficiaire du projet, a transmis au Directeur

de l'Urbanisme le sommaire des besoins additionnels comme il apparaît dans le tableau ci-dessous établi :

Désignation	Service de dépendance
Amphithéâtre pour école (200 places)	Ecole
Magasin pour matériels et fournitures d'enquêtes	Ecole
Secrétariat permanent	Conseil national de la statistique
Bureau Secrétaire Permanent (30m2) et toilette (16 m2)	CNS
Deux (2) bureaux/experts (2 X 15 m2)	CNS
Salle de documentation (30 m2)	CNS
Restaurant de 50 places et dépendances	Services communs
Trois (3) studios avec toilettes	Hébergement missionnaires Ecole
Salon commun	Hébergement missionnaires Ecole
Salle de dessins (10 tables de dessins et accessoires)	Direction de la Statistique et de la démographie
Deux (2) bureaux	DSD
Une (1) salle machines (40m2)	DSD
Deux (2) bureaux pour conseillers	Direction générale

En vue d'intégrer ces modifications au programme initial, les parties ont conclu un nouvel accord qui a stipulé que les honoraires définitifs de l'architecte seront calculés sur la base du montant TTC des travaux de construction de l'ouvrage.

Ce montant a été fixé à Cinq milliards vingt millions sept cent vingt mille six cent cinquante et un (5 020 720 651) F CFA TTC après attribution du marché de travaux à l'entreprise CDE, suite à l'appel d'offres public publié dans le journal « Le Soleil » du 13 février 2009.

Par lettre n°0065/MUHCH/SG/CMP du 14 avril 2010, le Directeur général de la Construction des Bâtiments et Edifices publics a saisi la DCMP d'un projet d'avenant au marché d'études architecturales et techniques, de contrôle et de direction des travaux conclu le 30 janvier 2009 avec le Cabinet d'Architecture Municipalité Services.

La DCMP a émis un avis défavorable audit projet d'avenant. L'autorité contractante a alors saisi le CRD pour avis.

### **MOYENS FOURNIS A L'APPUI DE LA SAISINE**

A l'appui de sa saisine, l'autorité requérante a soutenu que suite aux modifications apportées au projet initial d'études architecturales et techniques du siège de l'Agence national de la Statistique et de la Démographie (SS+R+5 au moment du concours à SS+R+8 après concours), soit une augmentation des prestations sur trois (3) niveaux supplémentaires, il a été conclu un nouvel accord avec le titulaire du marché initial pour intégrer lesdites modifications au plan initial.

Aux termes de l'article 4 dudit accord, les honoraires définitifs du Cabinet seront calculés sur la base du montant définitif TTC des travaux de construction de l'ouvrage.

Selon l'autorité contractante, qui a adopté les arguments de son cocontractant, l'Administration doit respecter son engagement pour les raisons qui suivent :

- le marché a été passé après concours conformément aux dispositions du décret n°2002-550 du 02 juin 2002 portant Code des marchés publics et du décret n°78-844 bis réglementant les concours d'architecture ;
- le contrat conclu entre les deux parties prévoit en son article 4 que les honoraires définitifs seront fixés sur la base du montant définitif TTC des travaux de construction de l'ouvrage (valeur réelle des ouvrages, coût de réalisation de l'entreprise).

Pour ces raisons, elle a contesté, à l'instar de l'architecte, les motifs fournis par la DCMP à l'appui de son avis.

### **MOTIFS DONNES PAR LA DCMP A L'APPUI DE SON AVIS**

Suivant avis transmis par lettre n°01012/MEF/DCMP/ 8 du 09 mars 2011, la DCMP a rappelé que le projet de modification du marché initial soumis à son avis ne peut être examiné que conformément à ses attributions et en vertu des dispositions pertinentes du Code des marchés publics.

A cet égard, la DCMP a soutenu que les hypothèses dans lesquelles les conditions initiales d'un marché peut faire l'objet de modification et de conclusion avec le titulaire dudit marché sont prévues par les articles 24 et 76.2 du code.

L'article 24 a prévu qu'en cas de modification du marché initial, l'augmentation ou la réduction des quantités de travaux, fournitures ou services résultant d'un ou de plusieurs avenants ne doit en aucun cas dépasser 30% du montant du marché initial après application d'éventuelles clauses d'actualisation ou de révision. Cette limite ne peut pas être dépassée même en cas de survenance de plusieurs avenants successifs, le montant du dernier avenant à conclure ne devant pas porter le total cumulé des avenants au-delà de ladite limite.

Or, dans le cas d'espèce, au regard du montant de l'avenant, Deux cent cinquante six millions huit cent quatre vingt deux mille quarante neuf (256 882 049) F CFA, le taux de l'avenant, 88,26%, est largement au dessus de la limite autorisée de 30% du montant du marché initial, arrêté à Deux cent quatre vingt onze millions cinquante six mille deux cent vingt six mille cent cinquante six sept (291 056 257) F CFA TTC.

Pour ce qui concerne les dispositions de l'article 76.2 du code, elles disposent que l'autorité contractante peut passer un marché complémentaire pour effectuer des travaux, fournitures ou services qui complètent ceux ayant fait l'objet d'un premier marché exécuté par le même titulaire à la condition :

- que le marché initial ait été passé par appel d'offres ouvert ;
- que le marché complémentaire envisagé porte sur des travaux, fournitures ou services qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui sont devenus nécessaires, à la suite de circonstance imprévue et extérieure aux parties ;

- que les travaux, fournitures ou services, objet du marché complémentaire, ne puissent pas être techniquement ou économiquement séparés du marché principal.

Dans tous les cas, le montant cumulé des marchés complémentaires ne doit pas dépasser un tiers (1/3) du montant du marché principal, avenants compris. Or, ce tiers est dépassé dans le cas d'espèce.

La DCMP a conclu que les prestations, objet du marché, étant par ailleurs en cours d'exécution, il ne peut être passé de marché complémentaire.

### **OBJET DU LITIGE**

Il ressort des faits, moyens et motifs ci-dessus développés que le litige porte sur :

- 1) la détermination de la réglementation applicable
- 2) la prise en charge des modifications apportées au marché initial.

### **EXAMEN DU LITIGE**

- 1) la détermination de la réglementation applicable :

Considérant que l'autorité requérante a soutenu que le marché litigieux a été passé après concours suivant les dispositions du décret n°2002-550 du 02 mai 2002 portant Code des marchés publics ;

Que la DCMP, dans son avis en date du 09 mars 2011, a déclaré émettre son avis conformément aux dispositions du décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics ;

Considérant qu'il résulte de la prétention de l'autorité contractante et de celle de l'organe de contrôle a priori un conflit sur la réglementation applicable ;

Considérant qu'à cet égard, aux termes de l'article 51 du décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics :

1. les marchés notifiés antérieurement à la date d'entrée en vigueur du présent décret demeurent régis, pour leur exécution, par les dispositions du décret n°2002-550 du 30 mai 2002 portant Code des marchés publics ;
2. les marchés publics pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence publiée antérieurement à la date d'entrée en vigueur du présent décret demeurent régis, pour leur passation, par les dispositions du décret n°2002-550. Toutes les autres dispositions du présent décret leur sont applicables.

Considérant qu'il ressort des pièces fournies par l'autorité contractante que le marché initial objet de l'avenant litigieux a été conclu le 30 janvier 2009 avec le Cabinet d'Architecture Municipalité Service après qu'il ait été déclaré premier lauréat du concours d'études architecturale et technique, de contrôle et de direction des travaux relatifs à la construction du siège de l'ANSD lancé le 10 juillet 2006 ; que le projet d'avenant audit marché a été présenté à la DCMP le 14 avril 2010 ;

Qu'en considération de ces éléments, notamment de la date de publication de l'avis de concours ouvert et de la date de présentation du projet d'avenant à la DCMP, il apparaît, en application de l'article 51.2 précité, que si la passation du marché résultant du concours demeure régi par le décret n°2002-550, la conclusion de l'avenant relève des dispositions du décret n°2007-545 ; qu'en effet, même si l'avenant porte sur les conditions initiales du marché, sa naissance est intervenue dans le cours de l'exécution du marché ;

Qu'à cet égard, la DCMP est bien fondée à examiner la conformité du projet d'avenant soumis à son avis par rapport aux dispositions du décret 2007-545 ;

## 2) Sur la prise en charge des modifications apportées au marché initial :

La prise en charge des modifications apportées au marché initial peut être assurée soit par la signature d'un avenant ou d'un marché complémentaire, soit par le versement d'une indemnité pour les prestations fournies avec l'assentiment de l'Administration lorsque ces prestations lui ont profité :

- **Les modifications apportées au marché initial peuvent-elles l'être par avenant ?**

Considérant qu'aux termes de l'article 23 du Code des marchés publics, les modifications des conditions initiales du marché après son approbation doivent faire l'objet d'un avenant écrit, signé par les représentants habilités de l'autorité contractante et du titulaire du marché ; que l'avenant ne peut avoir pour effet ou pour objet de substituer un autre marché au marché initial soit en bouleversant l'économie du marché, soit en changeant fondamentalement l'objet ;

Que l'avenant peut porter sur l'augmentation ou la réduction de la masse des fournitures, services ou travaux excédant les variations maximales prévues par le dossier d'appel à la concurrence, mais qu'elle ne saurait, aux termes de l'article 24 suivant, dépasser 30% du montant initial après application des éventuelles clauses d'actualisation et de révision ;

Qu'en définitive, l'avenant est un contrat qui modifie un marché principal en l'adaptant ou en le complétant par de nouvelles clauses ;

Que pour être légal, l'avenant, qui ne constitue pas un marché à part entière, ne doit pas entraîner un bouleversement de l'économie du marché ou un changement de son objet ; qu'en cas de bouleversement de l'économie du marché ou de changement de son objet, l'avenant sera considéré comme un nouveau marché ;

Considérant que le projet d'avenant soumis à l'avis de la DCMP prévoit, suite aux modifications de quantités apportées au programme initial du concours après remise des prix et conclusion d'un marché de maîtrise d'œuvre avec l'architecte classé premier lauréat, d'indexer les honoraires de l'architecte résultant des besoins additionnels sur le montant définitif des travaux de construction de l'ouvrage objet du plan réalisé par l'architecte ;

Considérant que le marché de travaux a été attribué à CDE pour un montant de Cinq milliards vingt millions sept cent vingt mille six cent cinquante et un (5 020 720 651) F CFA TTC ;

Que sur la base de ce montant, celui de l'avenant a été arrêté à la somme de Deux cent cinquante six millions huit cent quatre vingt deux mille quarante neuf (256 882 049) F CFA TTC ;

Considérant que le montant du marché initial étant de Deux cent quatre vingt onze millions cinquante six mille deux cent cinquante sept (291 056 257) F CFA TTC, le surcoût entraîné par l'avenant représente de 88,26 % du montant du marché initial, ce qui est largement au dessus de la limite de 30% autorisée ;

- **Sur la possibilité de faire recours à la procédure de passation de marché complémentaire :**

Considérant que selon l'article 76.2 du Code des marchés publics, pour des fournitures, services ou travaux qui complètent ceux ayant fait l'objet d'un premier marché, l'autorité contractante peut passer un marché complémentaire à la condition :

- que le marché initial ait été passé selon la procédure d'appel d'offres ;
- que le marché complémentaire porte sur des fournitures, services ou travaux qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévisible et extérieure aux parties ; et,
- que les fournitures, services ou travaux ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal ;
- le montant cumulé des marchés complémentaires ne doit pas dépasser un tiers (1/3) du montant du marché principal, avenants compris.

Considérant que le marché sera qualifié de complémentaire lorsqu'il intervient à la suite de la passation et dans le cadre de l'exécution d'un marché public initial ; que contrairement à ce qu'a soutenu la DCMP, le marché complémentaire doit intervenir dans le cadre de l'exécution du marché principal ; que le marché complémentaire ne peut porter que sur des fournitures, services ou travaux qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui, à la suite d'une circonstance imprévue, sont devenues nécessaires à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'entreprise qui exécute ce service ou cet ouvrage et que le montant cumulé des marchés complémentaires ne doit pas dépasser un tiers (1/3) du montant du marché principal, avenants compris ;

Considérant que s'il est constant que les prestations ou travaux objet de l'avenant litigieux ne figuraient pas dans le marché initialement conclu, il s'avère qu'aucune circonstance imprévue n'est à leur origine et que leur montant est largement supérieur à la limite maximale autorisée, soit le tiers du montant du marché principal ;

Que dans ce contexte, il ne peut être fait recours à un marché complémentaire ;

3) la possibilité de faire prendre en charge les honoraires additionnels de l'architecte par l'obtention d'une indemnisation :

Considérant qu'aux termes de l'article 45 du Code des obligations de l'Administration, en cas de défaut de conclusion ou d'approbation du contrat, même en l'absence de faute, le titulaire du marché peut obtenir une indemnité si les prestations ont été fournies avec l'assentiment de l'Administration et lui ont profité ;

Considérant que, comme en atteste la lettre n°1575/MUHHHA/DUA du 20 août 2008 du Directeur de l'Urbanisme et de l'Architecture adressée à son homologue de la Construction des Bâtiments et Edifices publics, que le projet initial primé a été entièrement réédité par l'architecte, suite au réaménagement intervenu dans le site, avec une nouvelle assiette attribuée au projet ;

Qu'en vue de sa réalisation, un appel d'offres public a été lancé et le marché attribué à CDE ;

Qu'il est donc constant que les prestations supplémentaires réalisées par le titulaire du marché initial ont été fournies à la demande de l'autorité contractante et lui ont profité ;

Qu'en considération de ces éléments, du défaut de conclusion ou d'approbation de l'avenant signé entre l'autorité contractante et le titulaire du marché initial, le règlement des honoraires additionnels de l'architecte peut trouver solutions dans l'application des dispositions de l'article 45 du COA ; en conséquence,

## **DECIDE**

- 1) Déclare recevable l'autorité contractante en sa saisine ;
- 2) Constate que le concours qui a donné lieu à la signature du marché initial a été lancé sous le régime du décret n°2002-550 du 02 mai 2002 portant Code des marchés publics ; que de ce fait,
- 3) Dit que, conformément aux dispositions de l'article 151 du Code des marchés publics, sa passation relève du décret 2002-550 et son exécution du décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant nouve au Code des marchés publics ; en conséquence les modifications portées aux conditions initiales du marchés relèvent des dispositions du décret n°20 07-545 sus visé ;
- 4) Constate que le montant de l'avenant litigieux, qui est de 88,26% du montant du marché initial, bouleverse l'économie du marché et, de ce fait, ne saurait être autorisé ;

- 5) Dit que pour les mêmes raisons, l'accord prévoyant l'avenant ne peut pas être assimilé à un marché complémentaire celui-ci ne pouvant pas dépasser le tiers (1/3) du montant du marché principal ;
- 6) Constate que le projet initial primé a été entièrement réédité par l'architecte, suite au réaménagement intervenu dans le site, avec une nouvelle assiette attribuée au projet ;
- 7) Dit cette prestation a été fournie avec l'assentiment du maître d'œuvre et a profité à l'autorité contractante qui a attribué le marché de travaux relatif à la réalisation de l'ouvrage objet des prestations de l'architecte ; en conséquence, par application de l'article 45 du COA,
- 8) Dit que l'architecte peut prétendre auprès du Ministère de l'Economie et des Finances, à une indemnité en compensation des prestations additionnelles fournies;
- 9) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la Direction générale de la Construction des Bâtiments et Edifices publics ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

**Le Président**

**Abdoulaye SYLLA**