

**DECISION N°036/11/ARMP/CRD DU 16 MARS 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE THOCOMAR DENONCANT LE
REJET DE SON OFFRE POUR TARDIVETE DANS LE CADRE DE LA
MANIFESTATION D'INTERETS RELATIVE A L'EXPLOITATION DU MOLE 2 DU
PORT AUTONOME DE DAKAR.**

**LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES,**

Vu l'article 30 du 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 en date du 21 février 2011 de la société THOCOMAR ;

Après avoir entendu le rapport de M. Cheikh Saad Bou SAMBE, rapporteur présentant les moyens et les conclusions des parties ;

En présence de Monsieur Abdoulaye SYLLA, Président, de MM Abd'El Kader N'DIAYE, Ndiacé DIOP et Mamadou DEME, membres du Comité de Règlement des Différends ;

De MM Saër NIANG, Directeur général, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, de Monsieur Oumar SARR, Conseiller juridique et René Pascal DIOUF, chargé des enquêtes sur la régularité des procédures de passation et d'exécution des marchés publics, 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 du 21 février 2011, enregistrée le 22 février 2011 sous le numéro 125/11 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, la société THOCOMAR a introduit un recours auprès du CRD pour contester le rejet de son offre portant sur la manifestation d'intérêts relative à l'exploitation du Môle 2 du Port autonome de Dakar (PAD) ;

I – OBJET DE LA REQUETE

Par courrier du 21 février 2011, la société THOCOMAR a saisi directement le CRD pour contester le refus de la commission des marchés du Port autonome de Dakar de prendre possession de son offre produite dans le cadre de la Manifestation d'intérêts visée en objet, et souhaite en conséquence être rétablie dans ses droits ;

II – LES FAITS ET LA PROCEDURE CONTENTIEUSE

Après avoir effectué la réalisation d'importants travaux d'extension et de réhabilitation de son domaine, le PAD a lancé une Manifestation d'intérêts pour sélectionner un opérateur chargé d'exploiter le terminal RORO, conformément aux dispositions combinées de la loi du 18 août 1987 modifiée, autorisant la création de la Société Nationale du Port Autonome de Dakar et de ses statuts approuvés par le décret n°87-1552 du 19 décembre 1987 ;

Suite à l'ouverture des plis de ladite manifestation d'intérêts, l'offre de la société THOCOMAR a été rejetée au motif qu'elle est arrivée après la clôture de la séance ;

1) Les moyens présentés à l'appui de la saisine :

La société THOCOMAR a introduit un recours pour contester le rejet de son offre. A l'appui de sa requête, le requérant déclare qu'il a été interdit à tort de compétition pour s'être présenté en retard à l'ouverture des plis, alors que l'avis à manifestation d'intérêts a seulement indiqué l'heure de remise des offres en omettant de mentionner l'heure de la clôture.

Le requérant soutient qu'une telle attitude fausse délibérément les règles de la compétition et qu'il souhaite, par conséquent, être rétabli dans ses droits par le CRD.

2) Motifs donnés par l'autorité contractante :

Par lettre du 03 mars 2011 enregistrée le même jour sous le numéro 151/11 au Secrétariat du CRD, le PAD déclare que la procédure de sélection qui a été déroulée pour choisir l'exploitant du terminal n'est régie ni par les dispositions de l'article premier de la Directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public, ni par l'article 10 du Code des Obligations de l'Administration modifié, encore moins par l'article 2 du Code des marchés publics modifié.

Selon l'Autorité contractante, la sélection d'un opérateur pour l'exploitation du Môle 2 du PAD trouve son fondement légal dans la loi n° 87 -18 du 18 août 1987 modifiée

par la loi n°92-63 du 22 décembre 1992 autorisant la création de la société nationale du Port autonome de Dakar.

Il ressort de l'article 3 de la loi 87-18 du 18 août 1987 modifiée que « l'Etat transfère à la Société nationale la propriété des biens et droits immobiliers de son domaine privé ainsi que la gestion physique, comptable et financière des biens et droits immobiliers de son domaine public lorsqu'ils sont nécessaires à la réalisation de son objet social ». Qu'en référence à cette disposition, l'article 3 de la loi n°92-63 du 22 décembre 1992 autorise la société nationale du Port autonome de Dakar à consentir sur le domaine public dont la gestion lui est transférée, des autorisations d'occupation temporaire de vingt cinq (25) ans renouvelables à des fins d'installation et d'exploitation d'équipements liés directement aux opérations portuaires et dont les constructions autorisées ainsi que les équipements sont susceptibles d'hypothèques ou de nantissement.

A ce propos, tout bénéficiaire d'une autorisation d'exploitation doit être sélectionné en conformité avec la convention type figurant en annexe à la loi n°92-63 du 22 décembre 1992 qui tient lieu également de cahier des charges.

Selon le PAD, l'exploitant sélectionné dans le cadre de la Manifestation d'intérêts, objet du litige, exercera exclusivement des activités lucratives et marchandes et non des activités de service public telles que prévues par le Code des Obligations de l'Administration. A cet égard, l'autorisation d'occupation du domaine public ne peut être assimilée ni à un marché public, ni à une délégation de service public ; par conséquent, elle ne peut relever du champ d'application du Code des Marchés publics.

Subsidiairement, le PAD soutient également que le requérant n'a pas saisi le PAD d'un recours gracieux à la suite du rejet de son offre, alors que l'article 11 de la Directive n°5/2005/CM/UEMOA prévoit à charge des candidats :

1. un recours préalable devant le représentant de l'autorité contractante ;
2. un recours devant l'autorité hiérarchique pour contester la décision du représentant de l'autorité contractante ; enfin, le cas échéant,
3. un recours devant le CRD ;

Qu'au cas où le CRD se serait déclaré compétent pour connaître dudit litige, il devra dans ce cas prononcer l'irrecevabilité de la requête ;

III – SUR LE FOND

1) Sur l'applicabilité du Code des marchés publics au marché concerné :

Considérant que l'article premier du Code des marchés publics, modifié, dispose que les règles régissant la passation, l'exécution et le contrôle des marchés publics de travaux, fournitures et services ainsi que la passation et le contrôle des contrats

portant participation à l'exécution d'un service public s'appliquent aux sociétés nationales et aux sociétés anonymes à participation publique majoritaire ;

Considérant que la Directive n°04/2005/CM/UEMOA, notamment en ses articles 3 et 5 s'appliquent :

- a) aux marchés et délégations de service public passés par les personnes morales de droit privé agissant pour le compte de l'Etat, d'une collectivité locale, d'une personne morale de droit public, d'une société d'Etat, d'une société à participation publique majoritaire, ou d'une association formée par une ou plusieurs de ces personnes morales de droit public ;
- b) aux marchés et délégations de service public passés par des personnes de droit privé, ou des sociétés d'économie mixte, lorsque ces marchés bénéficient du concours financier ou de la garantie de l'Etat ou d'une des personnes morales de droit public ;

Pour ces raisons, conclut que le Port autonome de Dakar est soumis aux règles régissant les marchés publics et les délégations de service public.

2) Sur la qualification de « marché public » :

Considérant que l'article 4.8 du Code des marchés publics définit le marché public comme « le contrat écrit, conclu à titre onéreux par une autorité contractante pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services » ;

Considérant qu'il résulte de l'article premier du règlement de la consultation que la prestation envisagée a pour objet la sélection d'un opérateur chargé d'exploiter le Môle 2 affecté au trafic RORO pour une durée maximale de quinze (15) ans en contrepartie de redevances annuelles à payer ;

Considérant que pour un marché public le paiement est effectué par l'acheteur public et il est intégral et immédiat ;

Que pour cette raison, ladite consultation ne constitue pas un marché public en ce sens qu'elle ne consiste pas en la satisfaction d'un besoin ponctuel en travaux, fournitures ou services pour le compte du PAD contre paiement d'un prix en contrepartie, mais plutôt à la mise à disposition par l'autorité contractante d'un ouvrage aux fins de son exploitation à titre temporaire contre versement d'une redevance domaniale annuelle par les bénéficiaires de prestations ;

3) sur la qualification de délégation de service public :

Considérant que l'article 10 nouveau de la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 modifiée, portant Code des Obligations de l'Administration dispose que : « constitue un contrat de partenariat le contrat par lequel une personne publique confie à un tiers, pour une période déterminée, une mission globale comprenant le financement et la réalisation, y compris la construction, la réhabilitation ou la transformation, d'investissements

matériels ou immatériels, ainsi que leur entretien, leur exploitation ou leur gestion et, le cas échéant, d'autres prestations, qui concourent à l'exercice par la personne publique concernée de la mission de service public dont elle est chargée.

La durée du contrat de partenariat est déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de leur financement. Le cocontractant reçoit de la personne publique une rémunération échelonnée sur la durée du contrat qui peut être liée à des objectifs de performance qui lui sont assignés » ;

Considérant également que l'article premier de la Directive n°4/2005/CM/UEMOA définit la délégation de service public par « le contrat par lequel une des personnes morales de droit public ou de droit privé visées aux articles 4 à 5 de ladite Directive confie la gestion d'un service public relevant de sa compétence à un délégataire dont la rémunération est liée ou substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service.

Que sont considérés comme telle, les régies intéressées, les affermages, ainsi que les concessions de services publics qu'elles incluent ou non l'exécution d'un ouvrage » ;

Considérant que l'opérateur sélectionné aura comme mission de recevoir les navires munis de portes latérales ou de portes arrières et délivrer des services à l'attention du secteur privé, se résumant à la manutention des marchandises sur plate forme et des conteneurs suivant la méthode « Roll On- Roll Off » ;

Considérant que par rapport à l'objet du litige, les prestations demandées consistent à l'exploitation du domaine public par un opérateur en contrepartie de paiement de redevances domaniales annuelles à verser au PAD comportant une partie fixe calculée sur la base de la superficie occupée, et une partie variable par rapport aux services offerts aux navires escalant au terminal ;

Considérant que de façon générale, les contrats de délégation de service public supposent la fourniture de services ou de biens au public dont la responsabilité incombe aux pouvoirs publics par l'intermédiaire d'un délégataire public ou privé qui les distribue ensuite aux usagers, ou encore l'exploitation ou la maintenance d'une installation destinée aux usagers du service public ;

Considérant que l'expression « services publics » telle que employée à l'article premier de la Directive n°4/2005/CM/UEMOA désigne les services se rattachant à une infrastructure publique ou résultant de son exploitation ;

Que du point de vue fonctionnel, une infrastructure publique désigne les installations matérielles qui fournissent des services essentiels à la population, dans le but de satisfaire l'intérêt général, à l'instar des centrales et réseau de distribution dans le secteur de l'électricité, des télécommunications, de l'eau, des transports publics, du ramassage des déchets, etc..) ;

Considérant que fort de ce constat, un service public est l'ensemble des activités exercé par ou pour le compte de la puissance publique dans le but de satisfaire une demande sociale considérée comme devant être disponible pour tous.

Considérant que même si les contrats d'occupation du domaine public ont en commun avec les contrats de concession de service public, le fait qu'ils comportent tous deux, ou peuvent comporter, une occupation du domaine public, il n'en demeure pas moins que ces deux catégories s'opposent fondamentalement, en ce sens que les contrats de gestion déléguée visent à satisfaire un besoin d'intérêt général, tandis que les contrats d'occupation du domaine public ont pour spécificité d'être conclu dans l'intérêt propre de ses occupants ;

Que dès lors, le contrat d'occupation du domaine public issu de la manifestation d'intérêts, objet du litige, n'a pas de rapport avec la gestion du service public ;

Qu'en conclusion de toutes ces considérations, le CRD

DECIDE :

- 1) Constate que les prestations envisagées ne peuvent être assimilées à un marché public ;
- 2) Constate que les services offerts par le futur opérateur s'adressent aux sociétés privées au bénéfice propre de l'opérateur. Ces services ne visent donc pas la satisfaction d'un besoin essentiel pour toute la population ;
- 3) Dit que le contrat d'occupation du domaine public issu de la manifestation d'intérêts, objet du litige, n'a pas de rapport avec la gestion d'un service public ;
- 4) En conséquence, se déclare incompétent.
- 5) Dit que le Directeur Général de l'ARMP est chargé de notifier à la société THOCOMAR, au PAD ainsi qu'à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA