



Copie certifiée
conforme à l'original
le... 20 NOV. 2008

**DECISION N°057/ARMP/CRD DU 17 NOVEMBRE 2008
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION LITIGES
SUR LE RECOURS DE LA SICAP S.A. CONTRE LA RECOMMANDATION DE LA DCMP
DE PROCEDER A UN APPEL PUBLIC A CONCURRENCE POUR LES TRAVAUX DE
VIABILISATION DU TERRAIN DE
50 HA FOURNI PAR BATICO S.A.**

**LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION DES
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 en son article 30 ;

Vu le Décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics ;

Vu le Décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) ;

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

Vu la lettre n°2990/DAJ/SEC de la SICAP S.A. en date du 28 octobre 2008 ;

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 NDIAYE, Birahime SECK et Barane THIAM, membres du Comité de Règlement des Différends,

De Monsieur Youssouf SAKHO, Directeur général de l'ARMP, Monsieur Cheikh Saad BOU SAMB, 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 28 octobre 2008, enregistrée le même jour, sous le numéro 236, au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, le Directeur de la SICAP S.A. 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 passer un marché par entente directe avec la société BATICO S.A. pour la réalisation des travaux d'aménagement d'un terrain à usage d'habitation ;



Copie certifiée
conforme à l'original
le... 20 NOV. 2008

SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS :

Considérant que sur le fondement des dispositions de l'article 139 du Code des marchés publics, les recours relatifs 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 ne sont soumis à aucun délai ;

Que par conséquent, il convient de déclarer recevable le présent recours qui, aux termes de l'article 22 du décret n° 2007-546 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, relève de la compétence de la Commission Litiges ;

SUR LES FAITS :

Le 03 février 2006, la Société BATICO S.A. et la SICAP S.A. ont convenu, dans le cadre d'un partenariat, de la réalisation d'un complexe immobilier ; à cet effet, les parties ont décidé ce qui suit :

- BATICO S.A. aura pour mission la réalisation des travaux d'aménagement et de viabilisation conformément aux normes définies par la SICAP S.A. ;
- Cette dernière aura à assurer la réalisation du programme immobilier. A cet effet, elle aura pour mission de coordonner et d'organiser l'exécution de toutes les interventions sur le site.

La SICAP S.A. a soumis l'accord conclu entre les deux parties à l'avis de la DCMP en vue de la réalisation des travaux de viabilisation.

Pour ces travaux, la DCMP a recommandé à la SICAP S.A. de procéder par appel public à concurrence.

Jugeant la procédure indiquée par la DCMP contraire à ses engagements, et conformément aux dispositions de l'alinéa 3 de l'article 139, la SICAP S.A. a saisi le CRD pour être autorisée à poursuivre la procédure qu'elle a initiée.

SUR LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS :

A l'appui de son recours, la SICAP S.A. soutient que procéder à un appel public à concurrence pour la réalisation des travaux de viabilisation l'installerait dans un contentieux certain avec BATICO S.A. ; qu'en effet, aux termes de l'article 11 de l'accord signé entre les parties, BATICO S.A. bénéficie déjà d'un contrat sur la viabilisation ; que BATICO S.A. s'est engagée à céder le terrain à immatriculer dont elle était affectataire en contrepartie de l'attribution du marché de travaux de viabilisation.

SUR LES MOTIFS DONNES PAR LA DCMP :

Des énonciations de l'avis de la DCMP, il ressort que :

- 1) l'acquisition du terrain servant d'assiette au projet immobilier et sa viabilisation sont deux opérations matériellement détachables ; à cet effet,
- 2) la SICAP S.A. avait le choix entre acquérir le terrain viabilisé, le prix des opérations d'aménagement étant inclus dans le prix d'acquisition, et séparer l'acquisition de la



Copie certifiée
conforme à l'original
le... 20 NOV 2008

viabilisation ; que c'est cette dernière hypothèse qui semble résulter de la convention signée entre la SICAP S.A. et BATICO S.A. ;

- 3) si l'acquisition du terrain peut être considérée comme relevant de règles juridiques particulières, le contrat relatif aux opérations de viabilisation relève du Code des marchés publics ;
- 4) la SICAP S.A. étant une société anonyme à participation publique majoritaire, comme telle soumise au Code des marchés publics, elle doit, pour déroger audit code, être au préalable autorisée par l'autorité compétente, en l'occurrence la CNCA ; que n'ayant pas décliné cette autorisation, la SICAP S.A. a signé à tort la convention comportant la disposition litigieuse.

SUR L'OBJET DU LITIGE :

Le litige entre les parties porte sur la question de savoir si les opérations d'aménagement et de viabilisation relèvent d'un contrat de partenariat ou sont détachables de l'acquisition du terrain objet desdits travaux et peuvent donner lieu à un marché distinct.

EN DROIT :

Sur le droit applicable :

Considérant que la SICAP S.A. est une société anonyme à participation publique majoritaire ; qu'il est constant comme non contesté que la convention soumise à l'avis de la DCMP a été signée entre les parties le 03 février 2006, donc avant l'entrée en vigueur du décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code de s marchés publics ;

Considérant qu'aux termes de l'article premier du décret n°2002-550 du 30 mai 2002 portant Code des marchés publics, alors en vigueur, les marchés passés par les sociétés anonymes à participation publique majoritaire sont régis dans leur passation, exécution et contrôle par les règles fixées par ledit décret ;

Que l'article 4 du même décret dispose : « *les marchés publics sont des contrats administratifs écrits et passés par l'Etat, les collectivités locales, les établissements publics, les sociétés nationales et les sociétés anonymes à participation publique majoritaire en vue de l'achat de fournitures ou de réalisation de prestations de services ou de l'exécution de travaux* » ;

Que selon l'article 5, le terme « travaux » désigne toutes les opérations de construction, reconstruction, démolition, réparation ou rénovation de tout ouvrage, tels que la préparation du chantier, les travaux de terrassement, l'érection et la finition, ainsi que les services accessoires aux travaux si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des travaux eux-mêmes ;

Qu'il en résulte que les opérations prévues à la clause 11 de la convention signée par SICAP S.A. et BATICO S.A. sont comprises dans celles visées à l'article 5 sus visé ;

Qu'en considération de ces éléments et de sa qualité de personne morale soumise au décret n° 2002-550 sus visé, la SICAP S.A. ne peut conclure de marchés de fournitures, de services ou travaux en dehors des règles du Code des marchés publics sans autorisation préalable de l'autorité compétente ;



Copie certifiée
conforme à l'original
le... 2.0 NOV. 2008

Sur la nature de contrat litigieux :

Considérant que la SICAP S.A. qualifie la convention signée avec BATICO S.A. de contrat de partenariat ayant pour objet la réalisation d'un projet immobilier sur une parcelle de 50 ha affectée à BATICO S.A. ;

Considérant que selon la DCMP, la convention comporte deux opérations distinctes, l'une relative à l'acquisition du terrain, l'autre à l'aménagement et à la viabilisation dudit terrain ; que si la première opération peut déroger aux règles du Code des marchés publics, il n'en est pas de même pour l'opération de viabilisation qui doit faire l'objet de marché distinct par appel public à concurrence ;

Considérant que, sur la nature du contrat et de son caractère global, il convient de relever qu'à la date de signature de la convention entre la SICAP S.A. et BATICO S.A., les contrats dits de partenariat, à l'exception des contrats de construction-exploitation-transfert d'infrastructures, n'étaient pas consacrés par le droit positif sénégalais ; qu'en effet la loi n° 2004-13 du 1^{er} mars 2004 relative aux contrats construction-exploitation-transfert d'infrastructures ne s'applique qu'aux seules infrastructures constituant des dépendances du domaine public artificiel ou destinées à constituer de telles dépendances ;

Que c'est à la faveur de la modification du Code des obligations de l'Administration par la loi n° 2006-16 du 30 juin 2006 que les « contrats de partenariat » ont été intégrés comme « *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* » ;

Considérant que de cette disposition notamment, il résulte que le contrat de partenariat suppose :

1. une opération d'externalisation à la personne publique laissant à une personne privée la charge de diverses prestations à différents stades du projet ;
2. que le partenaire privé prenne en charge tout ou partie des prestations à différents stades du projet : conception, financement, entretien, maintenance, exploitation technique ou commerciale ;
3. que le financement du projet est assuré en grande partie par le partenaire privé ; des financements publics peuvent néanmoins compléter les financements privés ;
4. une répartition des risques entre la personne publique et le partenaire privé ;
5. la rémunération du partenaire privé soit par les usagers finaux, soit par la personne publique ;
6. la conclusion du contrat de coopération entre la personne publique et le partenaire privé pour une durée relativement longue ;

Considérant qu'il ressort de la convention signée le 03 février 2006 entre la SICAP S.A. et BATICO S.A. que les parties ont convenu de définir un cadre de partenariat en vue de



Copie certifiée
conforme à l'original
le... 20 NOV 2008

l'exploitation d'un terrain de 50 ha dans le cadre d'un projet de promotion immobilière ; qu'à cet effet les parties se sont engagées à mettre en commun leurs moyens : ainsi,

1. BATICO S.A. met à la disposition du projet un terrain d'une superficie de 50 ha et garantit de tout trouble de jouissance, et s'engage à aider la SICAP S.A. à obtenir un bail emphytéotique sur ledit terrain ; par ailleurs, elle aura mission d'exécuter les travaux d'aménagement et de viabilisation conformément aux conditions définies par la SICAP S.A. ;
2. La SICAP S.A. s'engage à mobiliser les financements nécessaires à la réalisation du projet ; à prendre en charge les contraintes liées aux directives du plan d'urbanisme et portant aussi bien sur les réserves que sur la réalisation des équipements ; à indemniser BATICO S.A. à hauteur de 8000 F CFA le m² aménagé soit quatre milliards (4.000.000.000) F CFA ; à assurer la réalisation du programme immobilier ;

Considérant que, des stipulations de la convention entre les parties, il apparaît que les risques, le financement et la réalisation de l'objet même du contrat sont à la charge de la personne publique ; que le partenaire privé, en dehors de céder la parcelle de terrain, d'en garantir la jouissance et de se faire payer par la SICAP S.A. n'a aucune autre obligation de financement, de construction, d'exploitation ou d'entretien ;

Considérant par ailleurs, que les conditions de mise en œuvre de l'article 11 ne sont pas définies par la convention ; qu'à cet égard et compte tenu des développements ci-dessus sur la nature des opérations prévues correspondant à des travaux au sens de l'article 5 du décret n° 2002-550 précité et de son caractère dissociable de l'acquisition du terrain, il convient de dire que la clause litigieuse a été établie en violation des articles 4 et 7 du décret sus visé ; qu'en effet, les opérations prévues à la clause 11 de la convention étant bien des travaux au sens de l'article 4, leur réalisation ne pouvait se faire en dehors des règles fixées par le Code des marchés publics ;

Qu'en conséquence, la recommandation formulée par la DCMP est fondée ;

DECIDE :

- 1) Déclare recevable la saisine de la SICAP S.A. ;
- 2) Dit que la réalisation des travaux d'aménagement et de viabilisation doit faire l'objet d'un appel public à concurrence ; en conséquence,
- 3) Ordonne à la SICAP S.A. de se conformer à la recommandation de la DCMP ;
- 4) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics est chargé de notifier à la Direction de la SICAP S.A. et à la DCMP la présente décision qui sera rendue publique.

Le Président

Mansour DIOP