

**AUTORITE DE REGULATION
DE LA COMMANDE PUBLIQUE**

BURKINA FASO

UNITE – PROGRES – JUSTICE

**ORGANE DE REGLEMENT
DES DIFFERENDS**

DECISION N°2020-L0271/ARCOP/ORD

sur recours du Cabinet d'Avocats Maître FARAMA S. Ambroise, agissant au nom et pour le compte de la société ICOR INTERNATIONAL, aux fins de signature et d'approbation de contrat avant tout commencement relatif au bon de commande n°MGQUA001297 émanant de la Centrale d'achat de médicaments essentiels générique et des consommables médicaux (CAMEG).

**L'ORGANE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS
STATUANT EN MATIERE DE LITIGE :**

Vu *la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique ;*

Vu *le décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;*

Vu *le décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public, ensemble ses modificatifs ;*

Vu *le décret n°2017-0051/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;*

Sur *recours par lettre en date du 08 juin 2020 du Cabinet d'Avocats Maître FARAMA S. Ambroise, agissant au nom et pour le compte de la société ICOR INTERNATIONAL, contre le refus d'approbation du marché relatif au bon de commande ci-dessus cité ;*

présidé par Monsieur Firmin BAGORO, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Monsieur Adama NABALOUM, membre de l'ORD ;
- Monsieur Soter Caius RAYAISSE, membre de l'ORD ;
- Messieurs B. Adama OUEDRAOGO et Moïse BAKORBA, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et conformément à la décision n°2020-0056/ARCOP/PCR du 19 mars 2020 portant aménagement du fonctionnement de l'ORD, les parties n'ont pas été représentées ;

cependant, dans le souci du respect du contradictoire, elles ont été invitées à produire leurs moyens de défenses par écrit dans un délai compatible avec les travaux de l'ORD ;

après avoir délibéré conformément à la réglementation ;

rend la présente décision fondée sur la régularité du recours, les faits et moyens exposés ci-après ;

EN LA FORME :

sur la compétence,

considérant que la procédure sus visée reste soumise aux dispositions du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public ;

considérant qu'aux termes de l'article 24 du décret n°2017-0050 ci-dessus visé, l'ORD est compétent en matière de litige dans la phase de passation de la commande publique ;

considérant que le recours concerne le refus de signature et d'approbation du contrat relatif au bon de commande n°MGQUA001297 émanant de la Centrale d'achat de médicaments essentiels générique et des consommables médicaux (CAMEG) ;

qu'il y a lieu de dire que l'ORD est compétent pour en connaitre ;

sur la recevabilité,

considérant qu'aux termes de l'article 26 de la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique susvisée « Les délais de passation, de contrôle et de règlement de différends relatifs aux commandes publiques sont fixés comme suit :

- (...);
- pour le recours des candidats et soumissionnaires auprès de l'autorité contractante ou devant l'instance de recours non juridictionnel, selon qu'ils exercent un recours préalable devant l'autorité contractante qui est facultatif ou un recours, directement devant l'instance de recours non juridictionnel: deux jours ouvrables à compter du lendemain de la publication de l'avis d'appel à concurrence ou des résultats des travaux de la commission d'attribution des marchés ou de la réception de la lettre d'invitation selon le cas.

En cas d'exercice de recours préalable devant l'autorité contractante, celle-ci répond aux candidats ou soumissionnaires requérants dans les deux jours ouvrables à compter de sa saisine.

Lorsque la réponse de l'autorité contractante est insatisfaisante ou lorsqu'elle ne répond pas dans le délai qui lui est imparti, les candidats ou soumissionnaires disposent de deux jours ouvrables à compter de l'échéance du délai imparti à l'autorité contractante, pour saisir l'instance de recours non juridictionnel ;
(...) » ;

considérant que le fait générateur du litige est constitué par la décision de résiliation notifiée à la société requérante par courrier électronique en date du samedi 30 mai 2020 ; qu'à partir de cet événement, le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au mardi 02 juin 2020 ; que la société ICOR INTERNATIONAL a exercé son recours préalable auprès de la CAMEG par lettre en date du 02 juin 2020 ; que devant le silence de l'autorité contractante au terme du délai de réponse réglementaire fixé au 04 juin 2020, la société requérante pouvait saisir l'ORD au plus tard le lundi 08 juin 2020 ; que c'est ce qu'elle a fait en portant le différend devant l'organe de règlement non-juridictionnel par lettre datant du 08 juin 2020 ;

que, par ailleurs, le recours est conforme aux autres conditions de recevabilité prévues à l'article 28 du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1er février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

que, dès lors, il convient de le déclarer recevable ;

AU FOND :

sur les faits,

la Centrale d'achat des médicaments essentiels génériques et des consommables médicaux (CAMEG) a adressé une « demande de cotation » à la société ICOR INTERNATIONAL dans le cadre du « bon de commande » MAGQUA001297 du 14 mai 2020 pour la fourniture de pulvérisateurs à la centrale d'achats ;

au terme de cette consultation restreinte, l'offre de la société requérante a été retenue et validée ; c'est ainsi que les deux (02) parties ont échangé plusieurs courriers électroniques en vue de finaliser le processus de contractualisation qui a abouti à la formalisation du marché n°138/2020/DC/2020/AS/CAMEG proposé par la CAMEG et signé par le requérant ;

contre toute attente, les relations entre les cocontractants vont se dégrader et aboutir à la résiliation du contrat suivant la lettre n°2313/CAMEG du 28 mai 2020 notifiée à la société ICOR INTERNATIONAL, dans la mi-journée du samedi 30 mai 2020, par courrier électronique de la CAMEG ;

il ressort dudit courrier que la résiliation se justifie par le retard accusé par l'attributaire du marché dans la livraison du matériel au regard de l'importance particulière du respect des délais dans le contexte de la COVID-19 ;

pour sa part, la société requérante, ICOR INTERNATIONAL, estime que la résiliation du contrat est irrégulière au regard des textes en vigueur ; elle cite notamment

l'article 27 de la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant règlement générale de la commande publique qui prescrit que les marchés publics soient « conclus et approuvés avant tout commencement d'exécution » ; en sus, elle relève qu'en dépit de son interpellation de la CAMEG sur cette disposition de la loi, elle n'a pas été entendue ;

la société requérante souligne également le caractère irrégulier de la résiliation du contrat en s'appuyant sur les dispositions l'article 159, alinéa 3 du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} février 2017 sus cité dont il ressort que la « résiliation ne peut intervenir qu'après deux (02) mises en demeure restées sans effet... » ;

enfin, la société ICOR INTERNATIONAL note que la CAMEG a commis une grave violation des textes en vigueur en refusant l'approbation du contrat avant son exécution ; en conséquence, elle sollicite l'ORD afin qu'il dise que son recours est fondée et ordonne à l'autorité contractante d'approuver le marché ;

sur la discussion,

considérant que la CAMEG a entamé un processus de contractualisation avec ICOR INTERNATIONAL qui n'a cependant pas abouti à la livraison des pulvérisateurs commandés ; qu'en effet, l'autorité contractante a mis fin au processus par la résiliation du contrat ;

considérant qu'en rappel, la société requérante, bénéficiaire du contrat, apprécie cette résiliation comme étant irrégulière et sollicite que le marché soit régulièrement approuvé afin qu'elle puisse livrer le matériel conformément aux textes en vigueur ;

considérant que, par courrier de la CAMEG déposé à l'ARCOP le 11 juin 2020, l'autorité contractante s'est offusquée de la démarche irrégulière de la société requérante en rejetant ses prétentions tant sur la forme que le fond de l'affaire ;

que s'agissant de la forme, la centrale d'achats des médicaments argue que le recours de la société requérante mérite d'être déclaré irrecevable parce qu'elle aurait mis près de deux (02) semaines pour saisir l'ORD en violation des dispositions de l'article 26 de la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 relatives aux délais de saisine de l'organe ; qu'il lui paraît ainsi illogique de réclamer, à ce stade, l'approbation d'un marché résilié pour « non-respect des conditions du bon de commande et soupçons de corruption » reprochés à la société bénéficiaire du contrat ;

qu'en ce qui concerne les arguments de fond de l'autorité contractante, elle relève que la rupture du contrat est intervenue par la faute de la société ICOR INTERNATIONAL qui n'aurait pas notamment respecté ses engagements contractuels, en l'occurrence, le délai de livraison des pulvérisateurs en dépit de ses « multiples relances téléphoniques » et des promesses non tenues du fournisseur ; qu'en effet, le délai de livraison est présenté comme étant un critère très déterminant dans le choix de l'attributaire, la société ICOR INTERNATIONAL ; que c'est ainsi qu'elle a été préférée à d'autres candidats au regard du délai très

intéressant de cinq (05) jours qu'elle a proposé alors même que son offre financière était plus élevée ;

qu'enfin, sur le défaut de notification préalable du marché signé et approuvé qui aurait empêché la société de livrer le matériel, la CAMEG répond que la société ICOR INTERNATIONAL ne peut se prévaloir de sa propre turpitude au regard de sa faute dans l'exécution du contrat ;

considérant que l'ORD, après avoir pris connaissance des arguments des parties et effectué les vérifications utiles, a noté qu'il est constant que l'objet principal de la requête de la société ICOR INTERNATIONAL, par la plume de son conseil, est d'obtenir la signature et l'approbation du contrat « avant tout commencement d'exécution » ;

considérant que l'examen de l'affaire a révélé que les deux (02) parties ont agi comme des cocontractants réguliers ; qu'en effet, ils ont échangé des courriers préparatoires du contrat et validé les échantillons devant servir comme modèles de pulvérisateurs ; qu'en sus, le projet de contrat MAGQUA001297 du 14 mai 2020 pour la fourniture de pulvérisateurs à la centrale d'achats préparé par les soins de la CAMEG a été formellement signé par la société ICOR INTERNATIONAL et retourné à l'autorité contractante ; qu'après ces entrefaites, la CAMEG a attendu la livraison du matériel suivant le délai contractuel de cinq (05) jours ; que ce délai n'ayant pas été respecté selon elle, elle a décidé souverainement de résilier le marché après des rappels téléphoniques ;

qu'au regard de ce qui précède et notamment de la note explicative de la CAMEG du 11 juin 2020, il est clair qu'il y a eu un contrat validé entre les parties car elles se sont comportées comme des cocontractants réguliers ; qu'à supposer même que le contrat n'ait pas été formellement signé et approuvé par l'autorité contractante, les actes qu'elle a posés emporte de plein droit signature et approbation du marché à l'égard de toutes les deux (02) parties ;

qu'en conséquence, la société requérante ne saurait pouvoir solliciter, à ce stade de la procédure, la signature et l'approbation du marché déjà actées par le comportement et les actes des parties ;

qu'il s'en suit que le présent recours mérite d'être rejeté comme étant non fondé pour défaut d'objet ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours du Cabinet d'Avocats Maître FARAMA S. Ambroise, agissant au nom et pour le compte de la société ICOR INTERNATIONAL, est recevable ;

-que la plainte du Cabinet d'Avocats Maître FARAMA S. Ambroise, agissant au nom et pour le compte de la société ICOR INTERNATIONAL, n'est pas fondée, la réclamation n'ayant plus d'objet ;

-que la procédure sus visée reste soumise aux dispositions du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1er février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

-que le Secrétaire permanent de l'Autorité de régulation de la commande publique est chargé de notifier aux parties et à la Direction générale du contrôle des marchés publics et des engagements financiers la présente décision qui sera publiée où besoin sera.

Ouagadougou, le 11 juin 2020

Le Président de séance

Firmin BAGORO