

DECISION N°2021-L0188/ARCOP/ORD

sur recours du Groupement CRAC/BCS/AUDACYS/GPS contre les résultats provisoires de la manifestation d'intérêts n°BF-PACT-2199934CS-CQS pour la réalisation d'un film documentaire sur les acquis du Programme d'appui aux collectivités territoriales et des capsules sur les meilleures pratiques du programme.

**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 procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public ;*
- 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 lettres en dates des 27 et 28 avril 2021 du Groupement CRAC/BCS/AUDACYS/GPS contre les résultats provisoires de la manifestation d'intérêt ci-dessus citée ;*

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

en présence de :

- Monsieur Adama NABALOUM, membre de l'ORD ;
- Monsieur Adama OUEDRAOGO, membre de l'ORD ;
- Monsieur B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Madame Ginette ZOUNGRANA et Monsieur Zackaria BAKOUAN, représentants du Groupement CRAC/BCS/AUDACYS/GPS ;

- au titre de l'autorité contractante, Madame Justine Mounira OUEDRAOGO et Monsieur Maxime BELEM, respectivement de la DMP et du PACT, représentant le Ministère de l'administration territoriale et de la décentralisation ;
- au titre du consultant retenu, Messieurs Soungalo TRAORE et F. Ernest KABORE, représentants du GROUPEMENT SOLIDAIRE MEDIA IMAGE ET SON ;

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 manifestation 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 la contestation des résultats provisoires de la manifestation d'intérêts n°BF-PACT-2199934CS-CQS pour la réalisation d'un film documentaire sur les acquis du Programme d'appui aux collectivités territoriales et des capsules sur les meilleures pratiques du programme ;

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

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 les résultats provisoires de la manifestation d'intérêt ci-dessus citée ont été publiés dans le quotidien n°3082 du lundi 26 avril 2021, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au mercredi 28 avril 2021 ; que le Groupement CRAC/BCS/AUDACYS/GPS a saisi l'ORD par lettre en date du mardi 27 avril 2021 et a introduit un complément du recours le mercredi 28 avril 2021 ; que, par ailleurs, le recours et son complément sont conformes 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,

le Programme d'appui aux collectivités territoriale (PACT) a lancé la manifestation d'intérêts °BF-PACT-2199934CS-CQS pour la réalisation d'un film documentaire sur ses acquis et des capsules sur ses meilleures pratiques ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a classé le Groupement CRAC/BCS/AUDACYS/GPS au 2^{ème} rang avec 24 missions pertinentes justifiées alors que le cabinet classé 1^{er}, le Groupement solidaire média image et son (MEDIS) SARL/IMEDIA SARL a en totalisé 27 ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et soutient qu'il a obtenu 24 en ce qui concerne le nombre de missions pertinentes justifiées alors que, dans son offre, il a joint plus d'une quarantaine de marchés similaires ; que l'avis à manifestation d'intérêt concerne principalement la réalisation de films documentaires et de capsules ; qu'il a fourni les marchés y relatifs ; qu'en plus, il relève que la colonne de marchés similaires des résultats publiés manque de transparence du fait que les marchés n'ont pas été nommément énumérés comme le font certaines autorités contractantes ;

suite au recours additionnel, le groupement requérant fait valoir que, conformément à l'article 2 de la loi N°080-2015/CNT portant réglementation de la publicité au Burkina Faso, l'attributaire provisoire ne remplit pas les conditions

légal pour exercer les prestations prévues dans le cadre de la présente commande car elles s'inscrivent dans le domaine de la communication et de la publicité ; que, par la réalisation de ces prestations, le PACT veut se rendre visible et présenter les résultats de son intervention dans les zones bénéficiaires, et c'est alors une action de communication ; que l'article 15 de la même loi ainsi que l'article 11 du décret 2017-0458/PRES/MCRP/MINEFID/MCIA portant définition des conditions et des règles applicables à l'exercice des professions publicitaires font de l'inscription annuelle, en plus de la déclaration préalable, une obligation ; que l'attributaire provisoire ne remplit pas cette condition ;

il sollicite donc de l'ORD le réexamen des résultats provisoires afin de le rétablir dans ses droits ;

sur la discussion,

considérant que l'Avis à manifestation d'intérêts (AMI) a défini deux (02) critères que la CAM doit prendre en compte dans l'évaluation des propositions : être une société de films agréée et avoir des expériences pertinentes dans la réalisation de films documentaires ; que, par ailleurs, il a été précisé que les « qualifications et expériences devront être justifiées par les copies des pages de garde et de signature des contrats et les attestations de service fait » ;

considérant que l'offre du requérant n'a pas été retenue en raison de son rang en 2^{ème} position lié au nombre de références justifiées ;

considérant que le requérant a estimé qu'il a produit une quarantaine de références similaires valides contrairement au 24 marchés retenus ;

considérant que la CAM a relevé que les références des soumissionnaires ont été appréciées sur les mêmes critères en application du principe d'égalité de traitement ; que ce ne sont pas tous les contrats proposés par le requérant qui ont été retenus et qu'il en est de même pour les références du groupement retenus ; que, cependant, ce dernier a essentiellement fourni des films documentaires conformes aux prescriptions de l'AMI contrairement au groupement requérant qui s'est contenté de spots publicitaires ;

que s'agissant des références du groupement requérant, il est apparu que toutes les références similaires ne respectaient pas les conditions prévues ; qu'en effet, les spots publicitaires d'annonce d'événements, les publicités de très courte durée et les références relatives aux supports autres que les films tels que les banderoles n'ont pas été pris en compte conformément aux conditions de l'AMI ; qu'il ne s'agit pas de véritables films au sens de l'Avis ; que, pour certaines références, il manquait les pièces justificatives conformes ;

considérant que la CAM a également relevé qu'elle a qualifié le dossier du requérant par défaut ; qu'en effet, elle s'est convaincue que le requérant est constitué de publicitaires et non de cabinet agréés dans les films ; que son agrément n'est donc pas celui requis ; que, cependant, faute d'avoir eu le temps d'achever toutes les procédures de vérifications utiles, elle a validé la déclaration préalable d'activités du requérant en tant qu'entreprise de publicité auprès du Conseil Supérieur de la Communication (CSC) ;

qu'elle a affirmé qu'en réalité, la procédure est destinée à sélectionner une société de film agréée notamment par le ministère en charge du cinéma et non le CSC ;

considérant qu'en réplique, le requérant a souligné qu'il a produit des références similaires conformes ; que les spots publicitaires même de courte durée ne sauraient être écartées ; qu'au regard de l'objet de la procédure, l'autorité contractante veut faire une opération de communication et de publicité pour faire la promotion du PACT ; qu'en conséquence, les références relatives aux actions publicitaires ne doivent pas être rejetées ;

considérant que le groupement de cabinets retenu ne partage pas l'analyse du groupement requérant ; qu'il s'est exprimé dans le sens de regretter l'amalgame soutenu par son concurrent entre le domaine de la publicité et celui du cinéma (film) ; qu'il est constant que le film documentaire est un genre cinématographique qui, en qu'en tant que tel, relève de l'industrie du cinéma ; qu'il ne s'agit donc pas de la publicité et de la communication relevant du CSC et du domaine des entreprises de publicité : régie publicitaire, agence-conseil en publicité et éditeur publicitaire ; qu'il a également relevé que les règles et procédures de travail sont différentes dans les domaines de la publicité et du film documentaire ;

http://www.cndp.fr/crdp-clermont/upload/_25_1_2012-11-16_16-31-21_.pdf

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications nécessaires, a relevé que, l'avis à manifestation d'intérêts, au regard de son contenu et de son objet n'a pas clairement présenté la volonté de l'autorité contractante tournée vers la sélection d'une entreprise de film documentaire de type cinématographique ; que ce défaut de clarté et de précision de l'avis, entre domaine de la publicité et celui du film cinématographique, et les hésitations de la CAM ont eu des répercussions sur l'analyse des dossiers des soumissionnaires en général et en particulier celui du groupement requérant ; qu'en effet, la déclaration d'activités auprès du CSC du requérant a été acceptée (domaine publicitaire) de même que l'agrément fourni au cabinet retenu par le ministère chargé du cinéma ;

considérant que l'ORD a noté que le film documentaire est effectivement un genre en matière de cinéma ; que le film souhaité doit durer plus d'un vingtaine de minutes ; que la notion de film reste intimement lié au domaine du cinéma ; que c'est pourquoi les textes régissant le secteur de la publicité et de la communication n'évoquent pas la notion de film ; que, même si le film documentaire peut présenter un caractère publicitaire, il ne s'agit pas d'un spot publicitaire ordinaire de quelques minutes faisant la promotion d'un produit de consommation ;

que cependant l'article 3 du décret n°2013-384/PRES/PM/MCT du 21/05/2013 portant conditions d'exercice de la profession cinématographique et audiovisuelle, donne une définition large du film dans lequel les productions audiovisuelles de type publicitaire semblent avoir leur place ; qu'il y a aussi l'article 2 de la loi n°080-2015/CNT du 23/11/2015 portant réglementation de la publicité au Burkina Faso qui définit l'opération de publicité comme étant « toute inscription, forme, image ou son, destinés à informer le public ou à attirer son attention sur une marque, un produit ou un service... » ;

qu'ainsi, il en résulte que quel que soit le support utilisé, il y a publicité chaque fois que l'objectif recherché est de faire la promotion d'un service ou d'un produit ; qu'en l'espèce, il est évident que le film souhaité a un caractère publicitaire dans le sens de faire la promotion du PACT ;

considérant que l'ORD a jugé en définitive que la plainte du Groupement CRAC/BCS/AUDACYS/GPS est fondée ; qu'au regard de la complexité du besoin de l'autorité contractante faisant intervenir des éléments relevant de la publicité et du film documentaire (cinéma), il y a lieu de prendre en compte les agréments et documents assimilés des soumissionnaires des deux (02) branches d'activités ;

qu'en conséquence, il convient d'enjoindre la CAM à prendre en compte les missions pertinentes des soumissionnaires relatives à tout film ou support audiovisuel au sens de l'article 3 du décret n°2013-384/PRES/PM/MCT du 21/05/2013 ; que, cependant, ces missions doivent concerner une institution ou un service ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant est fondée et d'infirmier ainsi les résultats provisoires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours du Groupement CRAC/BCS/AUDACYS/GPS est recevable ;

-que la manifestation d'intérêts 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 la plainte du Groupement CRAC/BCS/AUDACYS/GPS est fondée ; qu'au regard de la complexité du besoin de l'autorité contractante faisant intervenir des éléments relevant de la publicité et du film documentaire (cinéma), il y a lieu de prendre en compte les agréments et documents assimilés des soumissionnaires des deux (02) branches d'activités ;

-qu'en conséquence, il convient d'enjoindre la CAM à prendre en compte les missions pertinentes des soumissionnaires relatives à tout film ou support audiovisuel au sens de l'article 3 du décret n°2013-384/PRES/PM/MCT du 21/05/2013 ; que, cependant, ces missions doivent concerner une institution ou un service ;

-qu'il sied d'infirmier les résultats provisoires de la manifestation d'intérêts n°BF-PACT-2199934CS-CQS pour la réalisation d'un film documentaire sur les acquis du Programme d'appui aux collectivités territoriales et des capsules sur les meilleures pratiques du programme ;

-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 30 avril 2021

Le Président de séance

Pascal ILBOUDO