

DECISION N°2023-L0158/ARCOP/ORD

sur recours du Groupement YIENTELLA Sarl/ECNAF et de l'Entreprise ACOR contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2023-02/SEP/B/DG/PRM pour l'acquisition et la livraison d'emballages (sacs) à l'usine d'engrais de Koupéla au profit de la Société d'exploitation des phosphates du Burkina (SEP/B).

**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 lettres en date du 06 avril 2023 du Groupement YIENTELLA Sarl/ECNAF et de l'Entreprise ACOR contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

présidé par Monsieur Gislain William TOE, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Monsieur Dasmané TRAORE, membre de l'ORD ;
- Monsieur Yaya SON, membre de l'ORD ;
- Mesdames Awa ZARE/KONATE et K. Irène BAYANE/ZONGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants :
 - Monsieur Armand KERE, représentant l'Entreprise ACOR ;
 - Messieurs Moussa SANON et Oumarou DAMIBA, représentant le Groupement YIENTELLA Sarl/ECNAF ;

- au titre de l'autorité contractante, Monsieur Momouni IDANI, représentant la Société d'exploitation des phosphates du Burkina (SEPB) ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Messieurs SIDIKI DRABO et Etienne COMPAORE, représentant SAM GENERAL LOGISTIQUE ;

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 l'appel d'offres sus visé reste soumis 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 les recours concernent la contestation des résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2023-02/SEPB/DG/PRM pour l'acquisition et la livraison d'emballages (sacs) à l'usine d'engrais de Koupéla au profit de la SEPB ;

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 les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°3588 du mardi 04 avril 2023 et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au jeudi 06 avril 2023 ; que le Groupement YIENTELLA Sarl/ECNAF et l'Entreprise ACOR ont saisi l'ORD par lettres en date du jeudi 06 avril 2023 ; que par ailleurs, les recours sont conformes aux autres conditions de recevabilité prévues à l'article 28 du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

que dès lors, il convient de les déclarer recevables ;

AU FOND :

sur les faits,

la Société d'exploitation des phosphates du Burkina (SEPB) a lancé l'appel d'offres ouvert accéléré n°2023-02/SEPB/DG/PRM pour l'acquisition et la livraison d'emballages (sacs) à l'usine d'engrais de Koupéla à son profit ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré :

- l'offre du Groupement YIENTELLA Sarl/ECNAF non conforme au motif qu'il a fourni un seul marché similaire conforme ; que le deuxième est un ordre de commande qui est un élément du marché à commande ; que la page de garde de l'ordre de commande présentée dans le dossier est non conforme du fait qu'il n'y a pas de montant minimum et maximum ; que l'emballage d'Urée et de NPK : le terme technique utilisé pour le type de tissage circulaire de l'enveloppe externe (Caine au lieu de chaîne) n'est pas conforme à celui du dossier d'appel d'offres(DAO) ;
- l'offre de l'Entreprise ACOR non conforme au motif qu'il a fourni un récépissé du Conseil supérieur de la communication non conforme, l'entreprise figurant sur le récépissé est différente de celle qui a soumissionné ; qu'il a fourni un marché d'acquisition de vivres en lieu et place d'un marché d'acquisition d'emballages (sacs) ;

les requérants contestent cette décision de la CAM :

- le Groupement YIENTELLA Sarl/ECNAF fait valoir que l'ordre de commande qui est un marché régulièrement établi par l'autorité contractante et bien exécuté conformément au procès-verbal de réception joint, ne saurait être déclaré non conforme du seul fait de l'absence de la mention du montant minimum et maximum qui relève du fait de l'autorité contractante et non du prestataire ;

- que la CAM n'a pas daigné procéder à une vérification de la validité du marché avant toute décision de rejet ; que l'ORD constatera qu'il a fourni quatre marchés similaires dont un seul fait l'objet de grief et de ce fait il pense bien qu'il est conforme ; que la CAM au regard de la qualité de son offre, devrait comprendre que le mot « Caine » mentionné est une erreur matérielle dans la mesure où ça ne renvoie à aucun terme technique qui puisse entraîner un doute sur la qualité des emballages ; qu'il s'agit de la recherche désespérée de griefs pour écarter son offre par l'autorité contractante ;
- l'Entreprise ACOR fait valoir que l'interprétation faite par l'autorité contractante est discriminatoire ; qu'en effet, ce qui est recherché, c'est l'acquisition et la livraison d'emballages (sacs) ; qu'il ne peut être fait obligation aux soumissionnaires de posséder une imprimerie pour les marquages souhaités ; qu'il a une convention d'exécution avec une entreprise en mesure d'exécuter cette tâche et que celle-ci possède l'agrément du CSC ; qu'il a bel et bien fourni les marchés similaires exigés ;

ils sollicitent donc de l'ORD un réexamen des résultats provisoires afin de les rétablir dans leurs droits ;

sur la discussion,

sur le recours du Groupement YIENTELLA Sarl/ECNAF ;

considérant que l'offre du requérant a été écartée sur la base des motifs ci-dessus rappelés ;

considérant que le dossier d'appel d'offres a requis au point IC.5 au titre de la capacité technique et expérience que le soumissionnaire prouve :

-documentation à l'appui, qu'il satisfait aux exigences de capacité technique ci-après (joindre la preuve que l'entreprise est déclarée auprès de l'instance nationale chargée de la régulation de la communication) ;

-documentation à l'appui, qu'il satisfait aux exigences d'expérience ci-après : fournir deux marchés similaires (joindre la page de garde et de signature ainsi que le procès-verbal de réception sans réserve) ;

considérant que le requérant a réitéré son argumentaire ci-dessus développé ;

considérant que la CAM a noté que le requérant a fourni un marché similaire conforme sur deux exigés ; que l'ordre de commande fournie ne respecte pas les conditions d'un ordre de commande ; qu'il ne contient pas de montant minimum et maximum ; qu'elle estime que l'erreur commise sur le type de tissage est substantielle car non conforme au dossier ; qu'au lieu de « chaine » celui-ci a mentionné « caine » ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que la CAM ne saurait se fonder sur l'absence de certaines mentions du marché à commande pour le déclarer non conforme ; qu'aucun élément ne permet de douter de l'authenticité du marché similaire incriminé ;

que d'ailleurs, le requérant a satisfait à l'exigence minimum des deux (02) marchés similaires exigés ; que concernant le type de tissage circulaire, le terme « caine » utilisé au lieu de « chaine » est une erreur matérielle et ne saurait entraîner le rejet de l'offre ; qu'il s'ensuit que c'est donc à tort que la CAM a déclaré l'offre du requérant non conforme ;

sur le recours de l'Entreprise ACOR ;

considérant que l'offre du requérant a été écartée sur la base des motifs ci-dessus rappelés ;

considérant que le dossier d'appel d'offres a requis au point IC.5 au titre de la capacité technique et expérience que le soumissionnaire prouve :

- documentation à l'appui, qu'il satisfait aux exigences de capacité technique ci-après (joindre la preuve que l'entreprise est déclarée auprès de l'instance nationale chargée de la régulation de la communication) ;
- documentation à l'appui, qu'il satisfait aux exigences d'expérience ci-après : fournir deux marchés similaires (joindre la page de garde et de signature ainsi que le procès-verbal de réception sans réserve) ;

considérant que le requérant affirme que certes son entreprise ne dispose pas du récépissé du CSC mais qu'il a joint une convention valide avec une imprimerie déclarée au CSC pour l'exécution du marché ; que le marquage des sacs n'étant qu'une activité accessoire il n'y a pas besoin qu'il ait une autorisation du CSC ; que sa relation avec l'imprimerie ne s'apparente pas à un contrat de sous-traitance ; que les marchés de livraison de vivres sont similaires car les vivres ont été mis dans des sacs avant d'être livrées ; qu'il tient à rappeler qu'il y aura un Bon à tirer pour tenir compte de toutes les exigences ;

considérant que la CAM a noté que le requérant n'a pas fourni le récépissé du Conseil supérieur de la communication (CSC) ; qu'il s'agit du récépissé d'une autre entreprise qui se trouve dans son offre ; que le requérant a signé un accord avec une autre entreprise d'imprimerie pour exécuter une partie du marché ; que c'est le soumissionnaire qui devait être inscrit en principe au CSC comme exigé par le dossier d'appel d'offres ; que le requérant veut faire une sous-traitance sur une partie du marché ; qu'elle a eu des soucis dans une procédure similaire où elle a dû requérir l'avis du CSC ; qu'elle n'a fait que respecter les recommandations du CSC ; que le CSC exige que les soumissionnaires à ce type de procédure aient leur récépissé ; que le marché d'acquisition des vivres n'est pas un marché similaire conforme ; qu'il n'y a aucune information sur les sacs de ces vivres ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que le récépissé fourni par le requérant dans son offre doit être pris en compte car il y a une convention valablement justifiée avec l'entreprise Imprimerie Fraternité du Faso ; que cette convention rassure que le marquage des sacs sera assuré par une entreprise disposant d'un récépissé du CSC ; que d'ailleurs, le marquage des sacs n'est qu'une activité accessoire au présent marché ;

que concernant la question des marchés similaires, le marché d'acquisition de vivres remis en cause est similaire à la présente procédure et doit être pris en compte ; que le marché similaire ne signifie pas marché identique ; que la CAM ne pouvait donc régulièrement rejeter l'offre du requérant sur ces aspects ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que les plaintes des requérants sont fondées et d'infirmes les résultats provisoires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les recours du Groupement YIENTELLA Sarl/ECNAF et de l'Entreprise ACOR sont recevables ;

-que l'appel d'offres sus visé reste soumis 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 ;

-que la plainte du Groupement YIENTELLA Sarl/ECNAF est fondée ;

-que la plainte de l'Entreprise ACOR est fondée ;

-d'infirmes les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2023-02/SEP/B/DG/PRM pour l'acquisition et la livraison d'emballages (sacs) à l'usine d'engrais de Koupéla au profit de la SEP/B ;

-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 partout où besoin sera.

Ouagadougou, le 12 avril 2023

Le Président de séance

Gislain William TOE

*Chevalier de l'ordre de mérites,
de l'économie et des finances*