
**ORGANE DE REGLEMENT
DES DIFFERENDS**

DECISION N°2023-L0173/ARCOP/ORD

sur demandes de retrait de la SEPB et du Cabinet d'Avocats Maître Moumounou GNESSIEN, agissant au nom et pour le compte de SAM GENERAL LOGISTIQUE SARL, de la décision rendue par l'ORD en sa séance du 12 avril 2023, dans le cadre 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 ladite structure.

**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/MENEFID du 01 février 2017 portant attribution, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;*
- Vu** *le décret n°2017-0049/PRES/PM/MENEFID du 01 février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public ;*
- Vu** *le décret n°2017-0051/PRES/PM/MENEFID du 01 février 2017 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;*
- Sur** *recours par lettres en date du 14 et du 17 avril 2023 de la SEPB et du Cabinet d'Avocats Maître Moumounou GNESSIEN, agissant au nom et pour le compte de SAM GENERAL LOGISTIQUE SARL, de la décision rendue par l'ORD en sa séance du 12 avril 2023 ;*

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

en présence de :

- Monsieur Roger MILLOGO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Soumaïla SORGHO, membre de l'ORD ;
- Monsieur B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants :
- ❖ Nouveaux requérants :
 - Monsieur Momouni IDANI, PRM de la Société d'exploitation des phosphates du Burkina (SEPB) ;

- Mesdames Corinne OUEDRAOGO, Alphonsine YAMEOGO et Maître Moumounou GNESSIEN, représentant SAM GENERAL LOGISTIQUE SARL ;
- ❖ Anciens requérants :
 - Messieurs Abdoul Damien TINDANO et D. Armand KERE, représentant ACOR ;
 - Monsieur Oumarou DAMIBA, représentant le Groupement Yientella/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, Mesdames Corinne OUEDRAOGO, Alphonsine YAMEOGO et Maître Moumounou GNESSIEN, représentant SAM GENERAL LOGISTIQUE SARL ;

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 demande de retrait susvisée reste soumise aux dispositions du décret n°2017-0049/PRES/PM/MENEFID 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/PRES/PM/MENEFID du 01 février 2017 ci-dessus visé, l'ORD est compétent en matière de litige dans la phase de passation de la commande publique ; que, par ailleurs, l'article 39 alinéa 1^{er} du décret n°2017-0050 ci-dessus visé dispose que les décisions de l'ORD, en tant qu'actes administratifs, sont susceptibles de retrait dans un délai de quinze (15) jours ouvrables à compter de leur prononcé ;

considérant que la SEPB et le Cabinet d'Avocats Maître Moumounou GNESSIEN, agissant au nom et pour le compte de SAM GENERAL LOGISTIQUE SARL ont saisi l'ORD à l'effet de voir retirer la décision rendue par l'ORD en sa séance disciplinaire du 12 avril 2023, dans le cadre 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 ladite structure;

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 39, alinéa 1 du décret n°2017-0050 ci-dessus visé, « Les décisions de l'Organe de règlement des différends sont exécutoires dès leur prononcé sauf en cas de retrait dans les quinze (15) jours ouvrables suivant la date de prononcé de celles-ci » ;

considérant que la décision attaquée est intervenue le 12 avril 2023 ; que le délai pour introduire une demande de retrait auprès de l'ORD courait jusqu'au vendredi 05 mai 2023 ; que la SEPB et le Cabinet d'Avocats Maître Moumounou GNESSIEN, agissant au nom et pour le compte de SAM GENERAL LOGISTIQUE SARL, ont saisi l'ORD par lettres en date du 14 et du 17 avril 2023 ; qu'il s'en suit que la condition de délai susmentionnée a été respectée par le requérant ;

qu'en conséquence, les demandes de retrait sont recevables et méritent d'être appréciées au fond ;

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 ;

les requérants exposent :

la Société d'exploitation des phosphates du Burkina (SEPB) expose que la décision mérite d'être retirée en soulignant que, suite à une demande de prix de novembre 2022, l'entreprise qui a perdu le marché a déposé et obtenu auprès du Tribunal administratif deux recours pour suspension et annulation de la décision de l'ORD du 29 décembre 2022 ; que le jugement de cette plainte pour annulation est toujours attendue à ce jour ; que cette situation a eu pour conséquence de bloquer ses activités ; que, pour lever ce blocage, elle a lancé un autre appel d'offres pour la fourniture d'emballages mais en ajoutant cette fois aux critères de qualification, le fait pour les candidats d'être inscrits au CSC pour la publicité ; que l'entreprise ACOR a saisi l'ARCOP pour contester les griefs retenus contre elle par la CAM qui l'a déclaré non conforme aux motifs d'une non-conformité du récépissé CSC et de la nature du marché similaire en ce sens qu'il a fourni un marché d'acquisition de vivres en lieu et place d'un marché d'acquisition d'emballages (sacs) ; que l'ORD a jugé la plainte de ACOR, fondée sur l'ensemble des griefs incriminant son offre ;

que, pourtant, sa compréhension de l'avis technique du CSC est que l'attributaire provisoire doit avoir rempli lui-même les formalités de déclaration auprès de l'instance nationale chargée de la régulation de la communication (le CSC) ; que le fait d'avoir un partenariat avec une entreprise qui a rempli la formalité technique du CSC ne fait pas de lui une entreprise qui remplit les mêmes formalités d'inscription auprès du CSC ; que ce n'est pas l'entreprise partenaire qui a postulé au marché et été évaluée sur un pied d'égalité que les entreprises concurrentes mais bien l'entreprise ACOR ; que, pour des raisons d'équité et de respect de l'esprit de concurrence, il sollicite le retrait d'une partie de la décision n°2023-L0158/ARCOP/ORD du 12 avril 2023 notamment la partie concernant l'entreprise ACOR ; que de déclarer que celle-ci ne remplit pas la condition «avoir accompli les formalités de déclaration auprès de l'instance nationale chargée de la régulation de la communication » tel que recommandé par l'avis technique du CSC ; que ce qui motive sa requête n'est pas la contestation de la décision de l'ORD mais d'empêcher que le présent appel d'offres se retrouve bloqué comme la précédente demande de prix de novembre 2022 ;

que cela retarderait le démarrage de l'usine, or il devient très urgent de produire des engrais et de les disponibiliser pour la campagne agricole qui commence dans le mois de mai 2023 ;

le Cabinet d'Avocats Maître Moumounou GNESSIEN, agissant au nom et pour le compte de SAM GENERAL LOGISTIQUE SARL, expose que la décision mérite d'être retirée en ce sens que les alinéas 2 et 3 de l'article 37 du décret n°2017-049/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} février 2017 rappellent que les autorités contractantes doivent inviter les candidats et soumissionnaires ayant une base fixe ou un établissement stable au Burkina Faso à justifier de leurs capacités techniques telles que définies par les dossiers d'appel à concurrence et qu'un agrément doit être requis s'il en existe dans le domaine concerné et s'il n'est pas contraire à l'accord de financement ; qu'à travers le présent DAO, il est requis des soumissionnaires qu'ils joignent la preuve que l'entreprise est déclarée auprès de l'instance nationale chargée de la régulation de la communication conformément à l'article 15 de la loi n°080-2015/CNT du 23 novembre 2015 portant réglementation de la publicité au Burkina ;

le Cabinet explique que dans une affaire antérieure et rigoureusement identique, le CSC sur demande de l'ARCOP a signifié que les emballages avec le logo de la SEPB constituent une publicité aux termes de l'article 15 de la loi n°80-2015/CNT citée ci-dessus ; qu'il en est de même de la décision n°2022-L0403/ORD du 19 août 2022 ; que l'acquisition et la livraison d'emballages requiert du soumissionnaire retenu la reproduction du logo de la SEPB sur lesdits emballages à livrer ; que cela constitue de la publicité au sens de la loi sus visée raison pour laquelle tous les soumissionnaires à cet appel d'offres devaient faire la preuve d'une déclaration d'activité auprès du CSC au moment de la soumission de leurs offres ce qui prouverait qu'ils sont agréés par l'institution ; qu'un tel agrément est « intuitu personae » en ce sens que le CSC délivre au déclarant un acte administratif individuel attestant qu'il est autorisé à faire de la publicité et toutes activités y rattachées ;

que l'entreprise ACOR a fourni son offre sans y introduire la preuve de l'agrément délivré par le CSC ; que ACOR ne possède pas l'agrément délivré par le CSC qui l'autorise à poser des actes relevant de la publicité ; que la production dans son offre d'une convention avec une société tierce qui serait agréée auprès du CSC ne lui serait d'aucun secours juridique en ce sens que cette convention ne pourrait lui transférer les bénéfices d'un droit aussi personnel et subjectif qu'une autorisation administrative ;

que l'ORD a commis une erreur de droit en motivant que le récépissé fourni devrait être pris en compte du fait de la convention qui existe entre ACOR et l'entreprise Imprimerie Fraternité du Faso ;

que sur un autre grief, le Cabinet note que l'ORD a retenu que le groupement YIENTELLA/ECNAF a satisfait à l'exigence minimum des deux (02) marchés similaires exigés ; que cette exigence est rappelée conformément à la clause IC 5.1 qui la requiert des soumissionnaires ; que l'offre de ce dernier a été écartée du fait qu'il a produit un seul marché similaire ; que le deuxième marché qu'il a présenté est un ordre de commande qui est un élément du marché à commande ;

que la page de garde de cet ordre de commande présenté dans le dossier est non conforme du fait qu'il n'y a pas de montant minimum et maximum ; que cela ne peut constituer un marché similaire en l'absence du marché de base à ordre de commandes ; que l'article 2 en son point 24 du décret n°2017-049/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} février 2017 qui définit le marché de commandes comme le marché qui détermine les spécifications, la consistance et le prix des prestations ou les modalités de sa détermination ; qu'il permet de couvrir les besoins courants annuels dont il n'est pas possible au début de l'année de prévoir l'importance exacte ou qui excède les possibilités de stockage ; que le marché à ordres de commande précise nécessairement un prix minimum et un prix maximum telle est la différence d'avec l'ordre de commande qui ne porte que sur une livraison particulière et précise en exécution du contrat de base ; que le groupement YIENTELLA/ECNAF n'a pas satisfait à l'exigence du deuxième marché similaire car il n'a fourni que les pages de garde et de signature d'un ordre de commande sans le contrat de base qui est le marché à commandes ;

que les débats à l'audience ont permis de constater des discordances (sur la nature exacte des produits commandés et livrés) entre l'ordre de commande et le PV de réception au titre de la deuxième référence présentée comme similaire par le groupement cité ci-dessus ; que s'étant renseigné auprès du Ministère de l'agriculture, il leur revient que l'entreprise YIENTELLA n'a pas été titulaire d'un marché de cette nature encore moins de l'exécuter ; que les marchés similaires produits par YIENTELLA seraient donc non authentiques ce qu'il dénonce auprès de l'ORD qui ne manquera pas d'ordonner des vérifications à la source ; qu'il en est de même des déclarations des entreprises YIENTELLA et ECNAF auprès du CSC ; que fondement pris des articles 33 et 34 du décret n°2017-050/PRES/MINEFID du 1^{er} février 2017, que la société SAM GENERAL LOGISTIQUE dénonce ces manœuvres orchestrées par le groupement ; que ces manœuvres vicient son offre de manière rétroactive et qu'il ne peut se voir attribuer le marché en application des articles 56 et 57 de la loi n°039-2016/AN du 02 décembre portant réglementation de la commande publique ;

que cette disposition indique que la proposition d'attribution d'une commande publique du soumissionnaire pressenti pour être attributaire est rejetée s'il s'est livré directement ou indirectement à des manœuvres frauduleuses en vue de l'obtention de ladite commande et que tout contrat obtenu au moyen de manœuvres frauduleuses est frappé de nullité ; que la société SAM GENERAL LOGISTIQUE sollicite de l'ORD une jonction de la présente dénonciation avec l'examen de sa demande de retrait, le tout pour une bonne administration de ce dossier et au nom du principe de l'efficacité ;

sur la discussion,
sur le recours de la Société d'exploitation des phosphates du Burkina (SEPB) ;

considérant que le requérant estime en substance que ACOR ne peut pas se prévaloir de l'inscription de son partenaire au CSC à travers une convention ; que c'est le soumissionnaire à titre personnel qui être enregistré au CSC ;

considérant que ACOR a expliqué qu'il n'est pas nécessaire qu'à titre personnel il dispose de l'inscription au CSC ; que l'ORD a rendu une bonne décision qu'il ne convient pas de retirer ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que la demande de retrait de SEPB est fondée ; que vu l'avis n°2023-0035/CSC/SG/DP du 19 janvier 2023 et l'obligation personnelle de l'attributaire provisoire d'être inscrit au CSC, il y a lieu de relever que la décision n°2023-L0158/ARCOP/ORD du 12 avril 2023 n'est pas pertinente en ce qu'elle autorise l'entreprise ACOR à se prévaloir de l'inscription au CSC d'une entreprise partenaire ; qu'elle doit donc être partiellement retirée en dépit de la convention avec Imprimerie Fraternité du Faso ;

considérant que statuant à nouveau, il convient de déclarer non fondée la plainte initiale de ACOR pour défaut d'inscription au CSC ;

sur le recours du Cabinet d'Avocats Maître Moumounou GNESSIEN, agissant au nom et pour le compte de SAM GENERAL LOGISTIQUE SARL ;

considérant que le requérant estime en substance que ACOR ne peut pas se prévaloir de l'inscription de son partenaire au CSC à travers une convention ; que c'est le soumissionnaire à titre personnel qui être enregistré au CSC, car l'attestation d'inscription est donnée intuitu personae ; qu'il s'en est pris également au groupement YIENTELLA/ECNAF mettant en cause l'authenticité de ses marchés similaires et de l'inscription des deux (02) entreprises au CSC ;

considérant que ACOR a expliqué qu'il n'est pas nécessaire qu'à titre personnel il dispose de l'inscription au CSC ; que l'ORD a rendu une bonne décision qu'il ne convient pas de retirer ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que la demande de retrait du Cabinet d'Avocats Maître Moumounou GNESSIEN, agissant au nom et pour le compte de SAM GENERAL LOGISTIQUE SARL, est fondée ; que vu l'avis n°2023-0035/CSC/SG/DP du 19 janvier 2023 et l'obligation personnelle de l'attributaire provisoire d'être inscrit au CSC, il y a lieu de relever que la décision n°2023-L0158/ARCOP/ORD du 12 avril 2023 n'est pas pertinente en ce qu'elle autorise l'entreprise ACOR à se prévaloir de l'inscription au CSC d'une entreprise partenaire ; qu'elle doit donc être partiellement retirée en dépit de la convention avec Imprimerie Fraternité du Faso ;

considérant que statuant à nouveau, il convient de déclarer non fondée la plainte initiale de ACOR pour défaut d'inscription au CSC et de renvoyer la CAM à vérifier l'authenticité des marchés similaires produits par l'entreprise YIENTELLA ainsi que les récépissés d'inscription au CSC des membres du groupement YIENTELLA/ECNAF ;

considérant que suite à la demande du groupement YIENTELLA/ECNAF, la CAM doit également vérifier l'authenticité des références similaires de SAM GENERAL LOGISTIQUE SARL ;

qu'il appartient à la CAM de tirer les conséquences de toutes les vérifications après en avoir informé l'ARCOP et les autres parties ;

qu'en définitive, il y a lieu de renvoyer la CAM à tirer les conséquences de la présente décision sur 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 ladite structure, sous réserves des suites des vérifications ordonnées ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les demandes de retrait de SEP/B et du Cabinet d'Avocats Maître Moumounou GNESSIEN, agissant au nom et pour le compte de SAM GENERAL LOGISTIQUE SARL sont fondées ; que vu l'avis du CSC du 19 janvier 2023 et l'obligation personnelle de l'attributaire provisoire d'être inscrit au CSC, il y a lieu de relever que la décision n°2023-L0158/ARCOP/ORD du 12 avril 2023 doit être partiellement retirée en dépit de la convention avec Imprimerie Fraternité du Faso ;

-que statuant à nouveau et faisant notamment suite à la requête du Cabinet d'Avocats Maître Moumounou GNESSIEN, agissant au nom et pour le compte de SAM GENERAL LOGISTIQUE SARL, il convient de déclarer non fondée la plainte de ACOR pour défaut d'inscription au CSC et de renvoyer la CAM à vérifier l'authenticité des marchés similaires produits par l'entreprise YIENTELLA ainsi que les récépissés d'inscription au CSC des membres du groupement YIENTELLA/ECNAF ;

-que suite à la demande du groupement YIENTELLA/ECNAF, la CAM doit également vérifier l'authenticité des références similaires de SAM GENERAL LOGISTIQUE SARL ;

-que la CAM doit tirer les conséquences de toutes les vérifications après en avoir informé l'ARCOP et les autres parties ;

-de renvoyer la CAM à tirer les conséquences de la présente décision sur 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 ladite structure, sous réserves des suites des vérifications ordonnées ;

-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 18 avril 2023

Le Président de séance

Issa ZERBO