

DECISION N°2023-L0195/ARCOP/ORD

sur demande de retrait de A.CO.R de la décision n°2023-L0173/ARCOP/ORD rendue par l'ORD en sa séance du 18 avril 2023, dans le cadre 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/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 lettre en date du 24 avril 2023 de A.CO.R contre la décision n°2023-L0173/ARCOP/ORD rendue par l'ORD en sa séance du 18 avril 2023 ;*

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

en présence de :

- Monsieur Yacouba ZONGO, membre de l'ORD ;
- Madame Mariam TRAORE, membre de l'ORD ;
- Madame K. Irène BAYANE /ZONGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Messieurs Armand KERE et Abdoulaye TINDANO, représentant A.CO.R ;
- au titre des anciens requérants :
 - Mesdames Bibata SANA, W. Corinne OUEDRAOGO et Maître Moumouni GNESSIEN, représentant Sam Général Logistique ;

- Messieurs Paul LANKOANDE et Oumarou DAMIBA, représentant Groupement YIENTELLA SARL ET ECNAF ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Alidou MOGMENGA et Moumouni IDANI, représentant la Société d'exploitation des phosphates du Burkina (SEPB) ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Mesdames Bibata SANA, W Corinne OUEDRAOGO et Maître Moumouni GNESSIEN, représentant Sam Général Logistique ;

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 ACOR a saisi l'ORD à l'effet de voir retirer la décision n°2023-L0173/ARCOP/ORD du 18 avril 2023, rendue 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 la SEPB ;

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 18 avril 2023 ; que le délai pour introduire une demande de retrait auprès de l'ORD courait jusqu'au mercredi 10 mai 2023 ; que ACOR a saisi l'ORD par lettre en date du lundi 24 avril 2023, qu'il apparaît que la condition de délai susmentionnée a été respectée par le requérant ;

qu'en conséquence, elle est recevable et mérite d'être appréciée 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 au profit de la SEPB ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) avait déclaré l'offre de l'Entreprise ACOR non conforme au motif qu'il a fourni un récépissé du Conseil supérieur de la communication (CSC) non conforme, l'entreprise figurant sur le récépissé est différente de l'entreprise soumissionnaire ; qu'il a fourni un marché d'acquisition de vivres en lieu et place d'un marché d'acquisition d'emballages (sacs) ;

non satisfait de ces résultats, ACOR avait contesté les résultats provisoires et l'ORD vidant sa saisine le 12 avril 2023, avait déclaré sa plainte fondée et infirmer les résultats provisoires par décision n°2023-L0158/ARCOP/ORD du 12 avril 2023 ;

que l'autorité contractante et l'attributaire provisoire contre la décision sus visée, ont demandé le retrait au motif 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 statuant à nouveau, l'ORD a décidé par décision n°2023-L0173/ARCOP/ORD du 18 avril 2023 que leurs demandes de retrait étaient 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 ; qu'il convient de déclarer non fondée la plainte de ACOR pour défaut d'inscription au CSC ;

mécontent du retrait de la décision rendue le 12 avril 2023, le requérant expose que la décision rendue le 18 avril 2023 mérite d'être retirée en soulignant qu'elle est fondée sur un avis du Conseil supérieur de la communication(CSC) qui n'a aucun lien avec le présent cas ; que l'avis a été donné pour un cas donné et ne saurait être étendu à toutes les situations notamment pour le cas d'espèce ; que l'ORD a omis de retenir que le CSC n'est pas le régulateur de la commande publique et qu'il n'a pas compétence pour apprécier les critères énoncés (discriminatoire ou pas, fondé ou pas, pertinent ou non, etc.) dans un appel d'offres ; qu'en invoquant l'obligation personnelle d'être inscrit au CSC comme critère, l'ORD a méconnu que nulle part il n'est fait obligation de ne pas conventionner avec une entreprise disposant de l'inscription (et non de

l'agrément) au CSC ; qu'il a fait la preuve de ses capacités techniques ; qu'il sied de rappeler qu'il ne s'agit pas d'un agrément en l'espèce mais d'une inscription ; que la preuve de cette inscription a été faite dans le sens que l'entreprise qui va procéder aux marquages des fournitures qu'il va acquérir est inscrit au CSC ; qu'en lisant l'objet de l'appel d'offres, on s'aperçoit naturellement du caractère infime, voir résiduel du marquage dans la procédure ; que dans une procédure, la part la plus importante de l'acquisition l'emporte sur la désignation de la procédure d'acquisition ; que l'ORD en acceptant le retrait de la décision n°2023-L0158/ARCOP/ORD du 12 avril 2023, va créer une jurisprudence qui va mettre à mal toutes les acquisitions au Burkina Faso ;

sur la discussion,

considérant que la CAM a requis un avis technique du CSC sur la nécessité d'exiger des candidats d'une inscription auprès du CSC pour l'exercice de la profession publicitaire ; que par lettre n°2023-0035/CSC/SG/DP du 19 janvier 2023, le CSC dans sa réponse à l'avis technique relève que « l'attributaire provisoire du marché devrait avoir accompli les formalités de déclaration auprès de l'instance nationale chargée de la régulation de la communication » ;

considérant que le requérant soutient que l'avis du CSC du 19 janvier 2023 ne saurait être appliqué en l'espèce, que la loi n°080-2015/CNT du 23 novembre 2015 portant réglementation de la publicité au Burkina s'adresse uniquement aux médias dont l'activité principale relève de la publicité ; que cette loi a pour but de statuer sur les responsabilités des destinataires de la loi ;

considérant que la CAM a expliqué que l'inscription au CSC est un acte intuitu personae qui ne saurait profiter à une autre entreprise ; que le requérant ne peut se prévaloir de la convention de partenariat pour justifier du respect des exigences du dossier ; que la convention n'est pas valide que la preuve de l'inscription au CSC doit être apportée par le soumissionnaire lui-même ;

considérant que l'attributaire provisoire SAM LOGISTIQUE note que l'autorisation exigible en matière de publicité n'est pas cessible ; que le requérant n'est pas fondé à ce stade de la procédure pour remettre en cause les exigences du dossier ; qu'en l'espèce, il n'apporte aucun élément pouvant sous tendre le retrait de la décision querellée ; que d'ailleurs la décision du 12 avril 2023 n'existe plus et ne peut plus être retiré ; que la demande n'a plus d'objet car une décision administrative retirée ne peut plus être confirmée ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que le point que le requérant soulève a déjà été discuté lors de la session du 18 avril 2023 ; qu'en effet, le requérant n'a pas produit d'éléments nouveaux ou des motifs tendant à démontrer l'illégalité de la précédente décision au regard de l'avis du CSC du 19 janvier 2023 ci-dessus cité ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la demande de retrait de A.CO.R n'est pas fondée et de maintenir la décision n°2023-L0173/ARCOP/ORD du 18 avril 2023 ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que la demande de retrait de A.CO.R de la décision n°2023-L0173/ARCOP/ORD rendue par l'ORD en sa séance du 18 avril 2023, dans le cadre 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 SEPB est recevable ;

-que l'appel d'offres sus visé reste soumis aux dispositions du décret n°2017-0050/PRES/PM/MENEFID du 01 février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

-que la demande de retrait de A.CO.R n'est pas fondée ;

-de maintenir la décision n°2023-L0173/ARCOP/ORD du 18 avril 2023, rendue dans le cadre 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 SEBP ;

-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 27 avril 2023

Le Président de séance

Issa ZERBO