

DECISION N°2016-048/ARCOP/ORAD

sur recours de BEL SAFARI LODGE DU FASO contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n°2015-002/MERH/SG/OFINAP pour l'affermage de l'exploitation de la zone cynégétique et du campement de chasse de la Forêt Classée et Ranch de Gibier de Nazinga.

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

- Vu** le décret n°2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;
- Vu** le décret n°2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public et ensemble ses modificatifs ;
- Vu** le décret n°2008-374/PRES/PM/MEF du 02 juillet 2008 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;
- Sur** recours par lettre en date du 15 février 2016 de BEL SAFARI LODGE DU FASO contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;

présidé par Monsieur Oumarou BASSAVE, membre de l'Organe de règlement amiable des différends (ORAD) ;

en présence de :

- Monsieur L. Prosper THIOMBIANO ;
- Monsieur Puraogo G. KAFANDO ;
- Messieurs Moïse BAKORBA et B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORAD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Messieurs Casimir Edgard KERE, Evence OUEDRAOGO et Maître Hamidou Lamoussa OUATTARA, respectivement Directeur, Directeur adjoint et avocat conseil de BEL SAFARI LODGE DU FASO ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Issaka BELEM et Alain BAGRE, respectivement Directeur général et PRM de l'Office national des aires

protégées (OFINAP) du Ministère de l'environnement, de l'économie verte et du changement climatique (MEEVCC) ;

après avoir délibéré conformément à la réglementation ;

rend la présente décision fondée sur la régularité du recours ;

EN LA FORME :

sur la compétence,

considérant que les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert sus visé restent soumis aux dispositions du décret n°2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public et ses modificatifs n°2012-123/PRES/PM/MEF du 02 mars 2012 et n°2013-1148/PRES/PM/MEF du 12 décembre 2013 ;

considérant qu'aux termes de l'article 28 du décret n°2014-554 ci-dessus visé, l'ORAD est compétent en matière de litige dans la phase de passation de la commande publique ;

considérant que le recours concerne les résultats provisoires de l'appel d'offres n°2015-002/MERH/SG/OFINAP pour l'affermage de l'exploitation de la zone cynégétique et du campement de chasse de la Forêt Classée et Ranch de Gibier de Nazinga ;

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

sur la recevabilité,

considérant qu'aux termes de l'article 30 du décret n°2014-554 ci-dessus visé, « Tout candidat ou soumissionnaire s'estimant injustement évincé des procédures de passation de la commande publique, doit, avant de saisir l'ORAD, exercer un recours auprès de l'autorité contractante ;

Ce recours est une demande écrite indiquant les références de la procédure de passation et exposant les motifs de sa réclamation. Il est adressé à l'autorité contractante avec accusé de réception ou déposé contre récépissé. Il doit invoquer une violation caractérisée des textes en la matière. Il doit être exercé dans un délai de trois (03) jours ouvrables à compter de la publication de l'avis d'attribution dans la revue de la commande publique, de la communication de la lettre d'invitation ou du dossier de demande de propositions.

L'autorité contractante est tenue de répondre à cette réclamation dans un délai de trois (03) jours ouvrables au-delà duquel le défaut de réponse sera constitutif d'un rejet implicite du recours.

En cas de rejet implicite, le requérant dispose de deux (02) jours ouvrables pour saisir l'ORAD. En cas de notification d'une réponse de rejet, il dispose de cinq (05) jours ouvrables pour saisir l'ORAD. » ;

considérant que les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°1719 du mercredi 03 février 2016, et que le délai de recours préalable auprès de l'autorité contractante courait jusqu'au 08 février 2016 ; que BEL SAFARI LODGE DU FASO a exercé son recours préalable auprès de l'OFINAP, par lettre en date du 08 février 2016 ; que dès le lendemain, l'autorité contractante lui a donné une réponse défavorable en décidant de maintenir sa décision ; que face à cette situation, le requérant a poursuivi son action en saisissant l'ORAD par lettre en date du 15 février 2016 ; que par ailleurs, le recours est conforme aux dispositions de l'article 33 du décret n°2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique précité ;

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

AU FOND :

sur les faits,

le Ministère de l'environnement, de l'économie verte et du changement climatique (MEEVCC) a lancé l'appel d'offres n°2015-002/MERH/SG/OFINAP pour l'affermage de l'exploitation de la zone cynégétique et du campement de chasse de la Forêt Classée et Ranch de Gibier de Nazinga ;

la Commission de sélection des candidats a déclaré l'offre du requérant non conforme au dossier d'appel d'offres (DAO) au motif qu'il « n'a pas le statut juridique de personne morale comme demandé à la clause 4.1 des Instructions aux soumissionnaires » ;

BEL SAFARI LODGE DU FASO conteste le rejet de son offre en évoquant plusieurs éléments ; il relève d'abord que la réglementation permet à toutes les personnes, qu'elles soient physiques ou morales, de participer aux appels à concurrence de la commande publique en citant l'article 38 du décret n°2008-173 du 16 avril 2008 ; ensuite, le requérant conteste le bien-fondé de la clause 4.1 des instructions aux soumissionnaires qui, selon lui, résulte d'une modification des dossiers-types alors que ces instructions ne doivent pas être changées ; enfin, il souligne le silence de l'avis d'appel d'offres qui n'a pas mentionné la restriction de participation faite aux personnes physiques ;

par ailleurs, le requérant a répondu aux éléments de justification fournis par l'OFINAP suite à son recours préalable ; il a notamment relevé que les arguments tirés de la définition du délégataire et de la comparaison d'avec les conventions de maîtrise d'ouvrage déléguée ne sont pas pertinents ;

il sollicite donc de l'ORAD un réexamen des résultats provisoires ;

sur la discussion,

considérant que le point 4.1 du DAO a prescrit que seules les personnes morales peuvent prendre part à la procédure d'appel d'offres pour l'affermage ;

considérant que l'autorité contractante a justifié la non-conformité de l'offre du requérant en invoquant cette disposition des instructions aux soumissionnaires ; que les travaux de la Commission de sélection ont révélé que BEL SAFARI LODGE DU FASO n'est pas une personne morale, mais plutôt une enseigne commerciale désignant le promoteur de l'entreprise ; qu'elle a été confortée dans sa position en consultant notamment l'attestation d'inscription au registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM) du requérant ;

considérant que l'OFINAP a affirmé que le dossier est conforme à la réglementation de la commande publique ; qu'en effet, l'article 1^{er} points 13 et 14 du décret n°2008-173 du 16 avril 2008 dispose que le délégataire de service public est une « personne morale de droit privé ou de droit public » ; qu'il a également invoqué les articles 171 et 191 du même texte ; qu'il a conclu que les personnes physiques ne sont pas autorisées à être titulaire de convention de délégation de service public ; que s'agissant de l'article 38 ci-dessus cité, l'OFINAP a noté qu'il s'agit d'une disposition générale qui ne s'applique pas au cas spécifique des délégations de service public ;

considérant qu'en réponse, le requérant a rappelé les dispositions de l'article 38 du décret n°2008-173 du 16 avril 2008 ci-dessus citées qui ne permettraient pas de limiter aux seules personnes morales la participation à la commande publique ; qu'en tout état de cause, BEL SAFARI LODGE DU FASO est une personne morale ; qu'en effet, il ne peut en être autrement alors qu'il dispose des éléments tels que l'inscription au RCCM et le certificat de non faillite ; qu'il ne fait pas de doute qu'il est une personne morale ; que c'est ainsi que l'entreprise est appelée par son nom « BEL SAFARI LOGE DU FASO » et non par celui de son directeur « KERE Casimir Edgard » ; qu'au soutien de sa thèse, le requérant a invoqué une définition de la personne morale tirée de l'article 26 alinéa 1^{er} du Code des personnes et de la famille ;

considérant que l'ORAD, après avoir entendu les parties et procédé aux vérifications utiles, a d'abord souligné le caractère particulier de la procédure d'appel d'offres pour l'affermage ; qu'il s'agit, en effet, d'une délégation de service public (DSP) ; qu'en tant que telle, la procédure est soumise à un régime juridique spécifique à certains égards ; qu'il s'en suit que certaines dispositions d'ordre général du décret n°2008-173 du 16 avril 2008 ne s'appliquent pas aux DSP ; qu'il en est ainsi des dispositions de son article 38 ; que, dès lors qu'il existe des dispositions particulières dérogatoires, l'on n'est plus fondé à invoquer les dispositions d'ordre général ; qu'il faut se référer aux articles 171 et suivants du même texte en ce qui concerne les DSP ; qu'il est, par ailleurs, constant que le législateur n'a pas voulu que les personnes physiques participent aux procédures d'appel d'offres dans le cadre des DSP ; qu'en effet, l'article 1^{er} point 13 du décret n°2008-173 du 16 avril 2008 définit le titulaire d'une convention de DSP – le délégataire - comme étant la « personne morale de droit privé ou de droit public signataire d'une délégation de service public et à laquelle l'Autorité délégante confie, conformément aux dispositions du présent décret, l'exploitation d'un service public avec ou sans prestations complémentaires » ; que les dispositions de l'article 191 traduisent la même idée que celles de l'article 1^{er} point 13 ;

qu'ensuite, il a relevé que le second moyen du requérant selon lequel il serait une personne morale n'est pas opérant ; qu'en effet, la définition tirée du Code des personnes et de la famille en son article 26 pris tout seul n'est pas complète ; qu'il importe de lire cet article en le mettant en rapport avec les dispositions des articles suivants ; qu'il ressort de cette lecture globale que « l'existence de la personnalité morale peut être subordonnée à des conditions définies par la loi » ; que l'article 28 de la même loi dispose que la « volonté d'une personne morale s'exprime par ses organes » alors qu'il est établi que BEL SAFARI LODGE DU FASO n'a pas d'organe dirigeant en dehors de son promoteur ; qu'il en résulte que le requérant paraît être un commerçant personne physique utilisant l'enseigne commerciale de « BEL SAFARI LOGE DU FASO » ; que c'est justement l'information que donnent ses documents personnels notamment l'attestation d'inscription au RCCM et le certificat de non-faillite dans lesquels l'entreprise est désignée comme étant : « Monsieur KERE CASIMIR EDGARD (BEL SAFARI LODGE DU FASO), 10 BP 299 Ouagadougou 10, secteur 04 » ; que sur le plan purement commercial, il convient de lire les dispositions des articles 44 et suivants de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général de l'OHADA adopté le 15 décembre 2010, pour se convaincre que le requérant est un commerçant personne physique ; qu'en conséquence, il n'y a pas de doute que le requérant est une personne physique ;

qu'au regard de ce qui précède, il convient de dire que la plainte du requérant n'est pas fondée et de confirmer ainsi les résultats provisoires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours de BEL SAFARI LODGE DU FASO est recevable ;

-que la plainte de BEL SAFARI LODGE DU FASO n'est pas fondée ;

-qu'il sied de confirmer les résultats provisoires de résultats provisoires de l'appel d'offres n°2015-002/MERH/SG/OFINAP pour l'affermage de l'exploitation de la zone cynégétique et du campement de chasse de la Forêt Classée et Ranch de Gibier de Nazinga ;

-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 février 2016

Le Président de séance

Oumarou BASSAVE
Chevalier de l'ordre national