

DECISION N°2024-L0178/ARCOP/ORD

sur recours de la SCPA WinWay agissant au nom et pour le compte de la Société GUESWENDE LOGISTIQUE BURKINA Sarl pour refus d'approbation du contrat objet de l'appel d'offres ouvert n°2022-01/SEP/B/DG/PRM pour le transport et la manutention des produits de la Société d'Exploitation des Phosphates du Burkina.

**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 public déléguée ;*
- Sur** *recours par lettre en date du 17 avril 2024 de la SCPA WinWay agissant au nom et pour le compte de la Société GUESWENDE LOGISTIQUE BURKINA Sarl pour refus d'approbation du contrat objet de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

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

en présence de :

- Monsieur Ousséni KAGAMBEGA, membre de l'ORD ;
- Madame Maria Myreille BARRY, 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, Monsieur Christophe ZOUNGRANA et Maître P. Antoine KABORE, Avocat conseil agissant au nom et pour le compte de la Société GUESWENDE LOGISTIQUE BURKINA Sarl ;
- au titre de l'autorité contractante, Monsieur Alidou MOGMENGA représentant la Société d'Exploitation des Phosphates du Burkina ;

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 le recours concerne la contestation du refus d'approbation du contrat objet de l'appel d'offres ouvert n°2022-01/SEPB/DG/PRM pour le transport et la manutention des produits de la Société d'Exploitation des Phosphates du Burkina ;

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 qu'aux termes de l'article 27 de la loi n°0050-2017/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique, « les plaintes des candidats soumissionnaires et attributaires, dans la phase de passation, peuvent porter sur :

- la décision d'attribuer ou de ne pas attribuer la commande publique ;
- les conditions de publication des avis ;
- les règles relatives à la participation des candidats, aux capacités et/ou aux garanties exigées ;
- la conformité des documents d'appel à concurrence à la réglementation ;
- les spécifications techniques retenues ;
- les critères d'évaluation ;
- le refus d'approbation des contrats.
- » ;

considérant qu'en date du 21 mars 2024, la Société d'Exploitation des Phosphates du Burkina a par correspondance n°2024-075/SEP/B/DG/DAFC notifié au requérant l'annulation d'attribution du lot 03 de la procédure sus visée ;

que c'est contre cette décision de refus d'approbation que la SCPA WinWay agissant au nom et pour le compte de la Société GUESWENDE LOGISTIQUE BURKINA Sarl a saisi l'ORD par lettre en date du 17 avril 2024 ; que l'annulation d'attribution du marché s'assimile au refus d'approbation sus visé ; que, par ailleurs, le recours est conforme 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,

la Société d'Exploitation des Phosphates du Burkina a lancé l'appel d'offres ouvert n°2022-01/SEP/B/DG/PRM pour le transport et la manutention des produits à son profit ;

suite à la publication des résultats provisoires, la Société GUESWENDE LOGISTIQUE BURKINA Sarl a été déclarée attributaire du marché de la procédure sus visée ; que le 04 juillet 2022, la Société GUESWENDE LOGISTIQUE BURKINA Sarl a reçu la notification de l'attribution du marché ; que par la suite le 21 mars 2024, elle a reçu la notification d'annulation de l'attribution du marché au motif que la période de validité de 90 jours de l'offre est expiré et le besoin de transport et de manutention du NPK a disparu car la SEP/B n'assure plus le transport des engrais au profit de ses clients ;

que contre cette décision d'annulation de l'attribution du marché, le requérant expose que les motifs évoqués par l'autorité contractante ne sauraient nullement justifier le refus d'approbation du marché ; qu'en effet, s'agissant d'abord de l'expiration du délai de validité des offres, il est constant que cela ne saurait s'opposer à lui dans la mesure où c'est bien l'autorité contractante qui est la cause de tout le retard accusé dans le processus de contractualisation ; que malgré les différentes relances, l'autorité contractante n'a rien fait pour approuver le marché et, mieux, elle n'a jamais invoqué l'expiration du délai de validité de l'offre pour justifier la non approbation du contrat, ni dans ses réponses aux relances ni dans les différentes rencontres d'échange ; qu'au contraire, elle lui a même demandé de confirmer les prix unitaires de l'offre initiale et de prolonger le délai de validité de l'offre, ce qu'il a fait ; qu'ensuite, concernant la disparition du besoin, il n'en est absolument rien car le 15 janvier 2024, l'autorité contractante lui a adressé un avis de demande de cotation sur le transport et la manutention de l'engrais ; que or le marché qu'elle a refusé d'approuver porte exactement sur le même besoin ; que comment peut-on prétendre dans ces conditions que le besoin objet du marché ait disparu ? qu'il convient dès lors de constater que le motif tiré de la disparition de l'objet du marché n'est pas réel et constitue un simple prétexte pour ne pas approuver ledit marché ; qu'il sollicite de l'ORD d'infirmier la décision de l'autorité contractante et en conséquence, l'ordonner à approuver le marché ; que subsidiairement, la réparation du préjudice subi ; que dans l'hypothèse où l'autorité contractante se refuserait à approuver le marché, il sollicite une indemnisation pour le manque à gagner résultant de la non-exécution du marché ; qu'en effet, si le marché avait été approuvé, il l'exécuterait et attendrait un bénéfice de 146 571 250 FCFA ; qu'en plus, s'il avait pu exécuter le marché, il aurait acquis de l'expérience et augmenté son chiffre d'affaires, ce qui lui permettrait de postuler à d'autres marchés avec plus de chance de succès ; que cela s'analyse en une perte de chance évaluée à 20 000 000 FCFA ; qu'il convient au cas où l'autorité contractante refuse d'approuver le marché de l'indemniser des préjudices ci-dessus décrits et évalués ;

il sollicite donc de l'ORD un examen des motifs de la suspension afin de le rétablir dans ses droits ;

sur la discussion,

considérant que la présente requête déposée le 17 avril 2024 a été initialement programmée à la session de l'ORD du 18 avril 2024 ; qu'à cette session, l'ORD avait décidé par décision n°2024-L0175/ARCOP/ORD du 18 avril 2024 de suspendre l'examen de la plainte jusqu'à la comparution effective de l'autorité contractante ;

que suite à la suspension de l'examen de l'affaire au fond le 18 avril 2024, le dossier a été reprogrammé à la session de l'ORD du 23 avril 2024 ; qu'à cette session, au regard de la présence effective de l'autorité contractante, l'ORD a décidé de lever sa décision de suspension et d'examiner l'affaire au fond ;

considérant que le requérant dit remettre en cause les motifs évoqués par l'autorité contractante pour annuler l'attribution du marché ; que l'expiration du délai de validité des offres n'est pas de son fait mais résulte de la non diligence de l'autorité contractante dans les opérations du processus d'exécution ; que le besoin est toujours présent en témoigne la consultation d'une demande de cotation portant sur le même objet donc le même besoin ; que l'annulation de l'attribution n'est donc pas justifiée ;

considérant que la CAM a noté que le retard dans la signature du contrat est principalement due à la non disponibilité du bâtiment devant abriter l'usine ; qu'à ce jour, elle n'est plus habilitée à assurer le transport des engrais au profit de ses clients ; que la vente des engrais ne doit se faire qu'au grossiste uniquement ; que sur cette base, il n'y a plus de besoin dans ce sens ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, constate qu'après l'attribution du marché et malgré les multiples relances du requérant respectivement par lettres en dates du 03 octobre 2023 et 11 mars 2024, l'autorité contractante n'a donné aucune suite à l'attribution du marché en sa faveur ; que s'agissant des deux (02) moyens évoqués pour sous tendre l'annulation du marché, l'ORD relève que concernant l'expiration du délai de validité des offres, ce moyen n'est pas suffisant pour justifier de l'annulation car l'autorité contractante peut au requérant la prorogation du délai de validité de son offre ; qu'en l'espèce, elle n'a pas procédé de la sorte ; que sur le motif relevant de la disparu du besoin, l'autorité contractante n'apporte aucune preuve de la disparition du besoin ; que du reste, le même marché fait l'objet d'une nouvelle procédure en demande de cotation ; que sur cette base, c'est à tort que l'autorité contractante a annulé l'attribution du marché ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant est fondée et d'inviter l'autorité contractante à donner au requérant une suite formelle à la notification provisoire d'attribution ;

par ces motifs ;

DECIDE :

- **qu'il est compétent ;**
- **que le recours la SCPA WinWay agissant au nom et pour le compte de la Société GUESWENDE LOGISTIQUE BURKINA Sarl est recevable ;**
- **que l'appel d'offres sus visé reste soumis 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 ;**
- **de lever la suspension de l'examen de l'affaire au fond au regard de la comparution effective de la Société d'Exploitation des Phosphates du Burkina ;**

- **que la plainte de la SCPA WinWay agissant au nom et pour le compte de la Société GUESWENDE LOGISTIQUE BURKINA Sarl est fondée ;**
- **d'inviter l'autorité contractante à donner au requérant une suite formelle à la notification provisoire d'attribution relative à l'appel d'offres ouvert n°2022-01/SEP/B/DG/PRM pour le transport et la manutention des produits de la Société d'Exploitation des Phosphates du Burkina ;**
- **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 23 avril 2024

Le Président de séance

Siaka COULIBALY