

DECISION N°2024-L0181/ARCOP/ORD

Sur demande de retrait de la Société d'Exploitation des Phosphates du Burkina, de la décision rendue par l'ORD en sa séance du 23 avril 2024, suite au 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 SEPB.

**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 attribution, 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 ;*
- Vu** *le décret n°2017-0051/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;*
- Sur** *demande de retrait par lettre en date du 24 avril 2024 de la Société d'Exploitation des Phosphates du Burkina, de la décision rendue par l'ORD en sa séance du 23 avril 2024 ;*

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

en présence de :

- Monsieur Issoufou YELEMOU, membre de l'ORD ;
- Monsieur P. Boureima SAVADOGO, membre de l'ORD ;
- Monsieur B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre de la requérante, Monsieur Alidou MOGMENGA, Juriste, représentant la Société d'Exploitation des Phosphates du Burkina ;

- au titre de la société bénéficiaire de la décision dont retrait est sollicité, Société GUESWENDE LOGISTIQUE BURKINA Sarl ayant pour conseil la SCPA WinWay, aucun représentant ne s'est présenté à la session en dépit du fait que la SCPA ait été régulièrement convoquée ;

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 sus visée reste soumise 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/PRES/PM/MINEFID 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 Société d'Exploitation des Phosphates du Burkina a saisi l'ORD à l'effet de voir retirer la décision n°2024-L0178ARCOP/ORD du 23 avril 2024, rendue suite au 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 SEP/B ;

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 23 avril 2024 ; que le délai pour introduire une demande de retrait auprès de l'ORD courait jusqu'au jeudi 16 mai 2024 ; 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 mercredi 24 avril 2024 ; 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 a lancé l'appel d'offres ouvert n°2022-01/SEPB/DG/PRM pour le transport et la manutention de ses produits ;

la requérante demande le retrait de la décision n°2024-L0178/ARCOP/ORD du 23 avril 2024 ; elle expose que l'ORD a rendu cette décision sur le fondement de l'absence de preuve de la disparition du besoin de transport d'engrais faisant l'objet de l'attribution du marché à Société GUESWENDE LOGISTIQUE BURKINA Sarl ; qu'en rappel, elle a informé l'ORD que la disparition du besoin de transport d'engrais pour livrer dans ses magasins, résulte de l'existence d'une obligation légale interdisant de vendre le Burkina Engrais (BE) directement avec les détaillants et consommateurs finaux ; qu'elle importe des matières premières (engrais simples (urée, KCI) et composé binaire (DAP)) pour formuler de l'engrais composé (NPK) ; que ne pouvant pas commercialiser avec les consommateurs finaux, elle ne peut faire transporter le Burkina Engrais et stocker dans ses magasins malgré l'impossibilité de vendre ; qu'en effet, l'article 5 de l'agrément technique interdit clairement et strictement la vente du Burkina Engrais aux consommateurs et détaillants finaux ;

la société requérante relève également que l'avocat de la Société GUESWENDE LOGISTIQUE BURKINA Sarl ayant fait une manipulation de l'avis d'appel d'offres ouvert n°2023-04/SEPB/DG/PRM portant sur le transport du Burkina Phosphate, il y a lieu de préciser que l'attribution à sa cliente du marché dont l'approbation est sollicitée découle de l'appel d'offres ouvert n°2022-01/SEPB/DG/PRM pour le transport et la manutention du NPK (Burkina Engrais) à partir de l'usine de mélange d'engrais de Koupéla au profit de la SEPB ;

qu'il ne s'agit pas du transport brut (Burkina Phosphate) comme le prévoit le marché attribué à GROUP UNIVERSEL suivant « l'appel d'offres ouvert n°2023-04/SEPB/DG/PRM du 12/05/2023 pour le transport et la manutention du Burkina Phosphate (BP) » au profit de la SEPB ; qu'ensuite, ce contrat note que le transport est fait pour une livraison dans ses magasins et non au profit de ses clients ; que le Burkina Phosphate est enlevé et transporté à partir de Diapaga ; qu'elle réaffirme que le besoin de transport du Burkina Engrais pour livrer dans ses magasins a disparu ; que pour le transport des clients grossistes, chacun assure à partir de l'usine l'enlèvement et le transport du Burkina Phosphate ; qu'elle demande à l'ORD de reconsidérer sa position et de confirmer la décision n°2024-075/SEPB/DG/DAFC portant annulation d'attribution du lot 03 de l'appel d'offres ouvert n°2022-01/SEPB/DG/PRM conformément à l'article 39 du 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 ;

qu'en conséquence, elle sollicite de l'ORD le retrait de cette décision ;

sur la discussion,

considérant que la société requérante demande le retrait de la décision n°2024-L0178/ARCOP/ORD du 23 avril 2024 ; qu'en substance, elle estime que l'annulation de l'attribution du lot 03 est effectivement justifié par la disparition de l'objet ; qu'elle a apporté suffisamment de preuve avec notamment l'arrêté n°2022-00281/MDICAPME/SG/DGU-CI du 28/06/2022 portant octroi d'agrément en qualité d'importateur d'engrais au Burkina Faso à la SEPB ; qu'en effet, l'article 5 de cet arrêté interdit formellement aux importateurs d'engrais « de vendre directement aux détaillants et aux consommateurs finaux » alors que l'objet de la procédure annulée découle de cette vente directe aux consommateurs finaux ; que cette vente ayant été interdite par l'arrêté suscité, l'objet du marché en préparation n'était plus pertinent ; qu'en effet, la Société GUESWENDE LOGISTIQUE BURKINA Sarl devait transporter le NPK à partir de l'usine de Koupéla vers les différents clients détaillants ou consommateurs finaux ;

elle sollicite ainsi le retrait de la précédente décision et, en conséquence, la confirmation de la décision d'annulation de la précédente attribution ;

considérant que la Société GUESWENDE LOGISTIQUE BURKINA Sarl, bénéficiaire de la décision du 23 avril 2024, a pour conseil la SCPA Win Way ; que, conformément aux usages de notification de l'ORD, le conseil a été saisi de la programmation de la demande de retrait à travers Me KABORE ; que, cependant, l'Organe a pu constater le défaut de présence de représentant pour le compte de GUESWENDE LOGISTIQUE BURKINA ; que la société ayant été avisée de la session de l'ORD alors qu'elle n'a pas sollicité un éventuel renvoi, l'ORD a retenu et jugé l'affaire conformément aux textes en vigueur ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que contrairement au défaut d'éléments de preuve sur la disparition de l'objet (motivation de la précédente décision), il y a eu la production de pièces qui permettent d'établir la pertinence de la décision de la SEPB ; qu'il s'agit notamment de l'arrêté portant octroi d'agrément suscité et des avis d'appels d'offres des deux (02) procédures : appel d'offres n°2022-001/SEPB/DG/PRM du 28/04/2022 portant « Transport et manutention du NPK à partir de l'usine de mélange d'engrais de Koupéla au profit de la SEPB » et appel d'offres n°2023-004/SEPB/DG/PRM portant « Transport et manutention du Burkina Phosphate (BP) au profit de la SEPB » ; qu'il s'en suit que l'argument selon lequel le besoin n'aurait pas disparu car la SEPB l'aurait relancé, n'est pas pertinent puisque les deux (02) appels d'offres n'ont pas le même objet ; que l'analyse des avis d'appels d'offres montre également que les procédures ont des budgets prévisionnels différents : 408 000 000 FCFA TTC pour l'appel d'offres avorté de 2022 (lot 03) et 90 300 000 FCFA TTC pour la procédure de 2023 ;

considérant qu'il apparait que l'avis d'appel d'offres du marché de GUESWENDE BURKINA LOGISTIQUE a été initié le 28 avril 2022 alors que l'agrément d'importateur de la SEPB interdisant la commercialisation aux détaillants et consommateurs finaux n'était pas encore pris ; que le marché n'ayant pas encore été finalisé et exécuté à l'adoption de l'arrêté le 28/06/2022, la SEPB a dû suspendre le processus en application de la décision ministérielle ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la demande de retrait est fondée au regard des nouveaux arguments présentés par la SEPB ; qu'en conséquence, il y a lieu de retirer la décision n°2024-L0178/ARCOP/ORD du 23 avril 2024 ;

considérant que, statuant à nouveau, la plainte 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/SEPB/DG/PRM pour le transport et la manutention des produits de la SEPB, n'est pas fondée ; qu'en effet, la disparition de l'objet du marché est justifiée par l'arrêté suscité qui interdit à la SEPB la commercialisation de l'engrais aux détaillants et consommateurs finaux (art. 5) ; qu'il n'y a pas de confusion entre le transport du Burkina Phosphate à partir de l'usine de broyage de minerais de Diapaga (lot 01) et celui du NPK à partir de l'usine de mélange d'engrais de Koupéla ;

que la plainte initiale GUESWENDE LOGISTIQUE BURKINA Sarl n'étant pas fondée, il convient de confirmer la décision de la SEPB annulant l'attribution de la procédure (lot 03) de l'appel d'offres n°2022-01/SEPB/DG/PRM (lettre n°2024-075/SEPB/DG/DAFC du 21 mars 2024) ;

par ces motifs ;

DECIDE :

- **qu'il est compétent ;**
- **que la demande de retrait de la Société d'Exploitation des Phosphates du Burkina 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 est fondée au regard des nouveaux arguments présentés par la SEPB tendant à donner les justifications valables à la décision d'annulation de l'attribution ; qu'en effet, elle a produit l'arrêté n°2022-0281/MDICAPME/SG/DGU-CI du 28 juin 2022 portant octroi d'agrément en qualité d'importateur d'engrais au Burkina Faso à la SEPB ; qu'il y a lieu de retirer la décision n°2024-L0178/ARCOP/ORD du 23 avril 2024 ;**

- **que, statuant à nouveau, que la plainte 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 SEPB n'est pas fondée ; qu'en effet, la disparition de l'objet du marché est justifiée par l'arrêté suscité qui interdit à la SEPB la commercialisation de l'engrais aux détaillants et consommateurs finaux (art. 5) ;**
- **qu'il n'y a pas de confusion entre le transport du Burkina Phosphate à partir de l'usine de broyage de minerais de Diapaga (lot 01) et celui du NPK à partir de l'usine de mélange d'engrais de Koupéla;**
- **de confirmer la décision de la SEPB annulant l'attribution de la procédure (lot 03) de l'appel d'offres n°2022-01/SEP/B/DG/PRM (lettre n°2024-075/SEP/B/DG/DAFC du 21 mars 2024) ;**
- **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 25 avril 2024

Le Président de séance

Lassina TRAORE