

DECISION N°2018-1042/ARCOP/ORD

sur demande de retrait de MEGA TECH SARL de la décision n°2018-0885/ARCOP/ORD rendue par ORD en sa séance du 19 décembre 2018 dans le cadre de sa défaillance dans l'exécution des marchés suivants :

- n°01/00/01/01/80/2017/000010/UGF pour la livraison de deux véhicules tout terrain station wagon catégorie 4 (lot 2) ;
- n°01/00/01/01/80/2017/000011/UGF pour la livraison de trois véhicules 4x4 tout terrain de type pick-up catégories 3 (lot 3) ;
- n°01/00/01/01/80/2017/000012/UGF pour la livraison de deux unités mobiles de dépistage (lot 06) au profit des structures de coordination et d'exécution du CNSLS-IST ;
- n°15/00/01/01/00/2017/00025 pour la livraison de véhicules 4x4 doubles cabines pick-up de catégorie 2 au profit du Ministère de la Culture, des Arts, et du Tourisme ;

**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** *recours par lettre en date du 30 novembre 2018 de MEGA-TECH contre la décision rendue par l'Organe de règlement des différends en sa séance du 19 décembre 2018 ;*

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

en présence de :

-Monsieur Didace T DOUAMBA, membre de l'ORD ;

-Monsieur Soter Caius RAYAISSE, membre de l'ORD ;
-Messieurs Modeste YAMEOGO et Y. Ferdinand KINDA, assurant le secrétariat de l'ORD,

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Messieurs Souleymane OUEDRAOGO et Jules DEMBELE respectivement gérant et juriste de MEGA-TECH;
- au titre de l'autorité contractante, Monsieur Anhadi THIOMBIANO, SPM de SP/CNLS ;

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 les marchés susvisés restent 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/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 MEGA-TECH SARL a saisi l'ORD a l'effet de voir retirer sa décision rendue en sa séance du 19 décembre 2018 suite à la poursuite de MEGA-TECH pour défaillance dans l'exécutions des marchés ci-dessus cités ;

qu'il y a lieu de dire que l'ORD est compétent pour en connaitre ;

sur la recevabilité

considérant qu'aux termes de l'article 39, alinéa 01 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 19 décembre 2018; que le délai pour introduire une demande de retrait auprès de l'ORD courait jusqu'au 11 janvier 2019 ; que MEGA-TECH a saisi l'ORD par lettre en date du 24 décembre 2018 ; qu'il apparait 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,

l'Autorité de Régulation de la Commande Publique (ARCOP) a engagé des poursuites contre MEGA-TECH et son gérant pour sa défaillance dans l'exécution des marchés ci-dessus cités ;

par la Décision n 2018-0885/ARCOP/ORD du 19 décembre 2018, l'ORD avait estimé que « les différentes résiliations des marchés ci-dessus cités l'ont été au tort exclusif de la société MEGA TECH SARL et de son gérant Monsieur OUEDRAOGO Souleymane et que leur défaillance est donc établie », qu'à cet effet, l'ORD avait condamné la société MEGA TECH SARL et de son gérant Monsieur OUEDRAOGO Souleymane à payer la somme de 13 115 000FCFA HT représentant 2% montant du montant desdits marchés HTVA ;

le requérant demande le retrait de cette décision et soutient qu'elle est entachée d'illégalité car les marchés concernés sont l'aboutissement de procédures engagées en 2016 donc antérieures à l'entrée en vigueur du décret n 2017-0049/PRESS/PM/MINEFID portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public du 1^{er} février 2017 qui définit la défaillance ;

que pour ce qui concerne le marché MCAT, le requérant estime que la résiliation a été abusive étant donné qu'elle est intervenu le 30 octobre 2017 avant l'expiration du délai de deux semaines soit le 02 novembre 2017 fixé par la mise en demeure ;

que le critère de l'exigence de deux dernières années exigées par le décret ci-dessus cité n'est pas rempli ;

qu'en outre, la défaillance d'une entreprise ne saurait être source d'exclusion de la commande publique que pour les marchés passés par procédures exceptionnelles au regard des dispositions de l'article 73 alinéa 7 du décret précité qui stipule que « les candidats à un appel d'offres restreint ne doivent pas figurer sur la liste des fournisseurs défaillants » ;

le requérant poursuit en affirmant que l'ORD ne peut sanctionner Monsieur Souleymane OUEDRAOGO car il a une personnalité juridique distincte de celle de la société MEGA TECH dont il est le gérant et que le délai d'un mois exigé pour s'acquitter de l'amende est illégal car sans base légale dans les dispositions

régissant les marchés publics tout comme il n'existe pas de texte fixant les conditions de la mise en œuvre des sanctions de la défaillance ;

sur la discussion,

considérant qu'au sens de l'article 2 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, est entreprise défaillante « le titulaire d'une commande publique, responsable, au cours des deux (2) dernières années, d'une inexécution partielle ou totale, d'une mauvaise exécution ou d'une exécution tardive ou dont deux contrats ou conventions ont été résiliés à son tort exclusif ».

considérant qu'aux termes de l'article 208 du décret n°2017-0049 sus visé : « Les marchés publics et les délégations de service public dont les avis ont été publiés sous le régime de la réglementation antérieure restent soumis pour le reste de la procédure de passation aux dispositions en vigueur à la date de publication des avis. » ;

considérant que le requérant sollicite le retrait de la décision rendue par l'ORD en sa séance du 19 décembre 2018 en réitérant ses moyens évoqués ci-dessus ;

considérant que l'autorité contractante, SP/CNLS, soutient que l'avis des différents marchés en cause a effectivement fait l'objet de publication dans la revue des marchés publics le 06 décembre 2016 ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, constate que les avis ayant abouti à la conclusion des différents marchés ci-dessus visés ont été publiés respectivement dans le quotidien des marchés n°1935 du jeudi 1^{er} décembre 2016 et n°1938 du mardi 06 décembre 2016 ; que ceux-ci ont été publiés avant l'entrée en vigueur de la loi 039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique ainsi que les différents décrets d'application du 01 février 2017 qui régissent la défaillance ; que conformément aux termes de l'article 208 du décret 2017-049 sus visé, ces différents marchés restent soumis aux dispositions en vigueur à la date de publication des avis notamment le décret n°2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public, ensemble ses modificatifs ; que les conditions de l'article 02 du décret 2017-0049 sus cité ne sont pas réunies ; que sur ce seul moyen, sans qu'il ne soit nécessaire d'examiner les autres moyens, il convient de retirer la décision rendue par l'ORD objet de l'extrait n°2018-0885/ARCOP/ORD du 19 décembre 2018 ; qu'il n'y a pas lieu de déclarer MEGA TECH SARL et son gérant Monsieur Souleymane OUEDRAOGO défaillants sur la base des marchés sus cités ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant est fondée et qu'il sied de retirer la décision objet de l'extrait n°2018-0885/ARCOP/ORD du 19 décembre 2018 ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que la demande de retrait de MEGA TECH est recevable ;

-que les marchés susvisés restent soumis aux dispositions du 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 ;

-que la demande de retrait de MEGA TECH est fondée;

-de retirer sa décision objet de l'extrait n°2018-0885/ARCOP/ORD du 19 décembre 2018 rendue dans le cadre de la poursuite contre MEGA TECH SARL et son gérant Monsieur Souleymane OUEDRAOGO pour défaillance dans l'exécution des marchés sus cités ;

-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 décembre 2018

Le Président de séance

Firmin BAGORO