
**ORGANE DE REGLEMENT
DES DIFFERENDS**

DECISION N°2020-D0019/ARCOP/ORD

poursuite contre ESAC SARL pour sa défaillance dans l'exécution des marchés suivants :

- n°09/C0/09/03/01/00/2017/00025 pour la construction d'un (01) CEG à Tiéban au profit de la Commune de Founzan ;
- n°09/C0/09/03/01/00/2017/00026 pour la construction de quatre (04) salles de classe au CEG de Kouloho au profit de la Commune de Founzan (lot 05).

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

- 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 attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;
- Vu** le décret n°2015-1260/PRES-TRANS/PM/MEF 039-2016/AN du 09 novembre 2015 portant code d'éthique et de déontologie 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** poursuite contre ESAC SARL et son gérant pour leur défaillance relativement à l'exécution des marchés ci-dessus cités ;

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

en présence de :

- Monsieur Aboubacar SAVADOGO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Yaya SON, 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 mis en cause, Monsieur Privat SANOU, représentant de ESAC SARL ;

après avoir délibéré conformément à la réglementation ;

rend la présente décision fondée sur la régularité de la procédure, les faits et moyens exposés ci-après ;

EN LA FORME :

sur la compétence,

considérant que les marchés sus visés 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 des dispositions de l'article 54 de la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 et des articles 177 et 178 du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017, l'ORD est compétent pour connaître de la défaillance en matière de commande publique ;

considérant que la présente poursuite vise des cas de défaillance ayant abouti à la résiliation des marchés suivants :

- n°09/C0/09/03/01/00/2017/00025 pour la construction d'un (01) CEG à Tiéban au profit de la Commune de Founzan ;
- n°09/C0/09/03/01/00/2017/00026 pour la construction de quatre (04) salles de classe au CEG de Kouloho au profit de la Commune de Founzan (lot 05) ;

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

sur la recevabilité,

considérant qu'il ressort de l'article 54 in fine de la loi n°039-2016/AN que l'autorité de régulation de la commande publique, à travers les décisions de l'ORD, établit périodiquement la liste des entreprises défaillantes ;

considérant qu'aux termes des articles 33 et suivants du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 précité, l'ORD peut recevoir des dénonciations des parties intéressées ou de toute autre personne avant, pendant et après la passation ou l'exécution d'une commande publique, statuer sur toute irrégularité dont les membres de l'ORD sont saisis, ou s'autosaisir et statuer sur les irrégularités, les fautes et les infractions constatées sur le fondement des informations recueillies dans l'exercice de sa mission, ou de toute information communiquée par des parties contractantes, des candidats ou des tiers ;

considérant que la procédure disciplinaire a été engagée contre ESAC SARL et son gérant dans le cadre de l'exécution des marchés ci-dessus cités ;

qu'il convient dès lors de la déclarer recevable ;

AU FOND :

sur les faits,

considérant que l'ARCOP avait reçu l'ampliation des décisions de résiliation des marchés sus cités de la Commune de Founzan contre ESAC SARL ; qu'il ressort en substance de ces décisions que l'Entreprise ESAC SARL et son gérant ont été titulaires des marchés ci-dessus cités ;

que dans le cadre de l'exécution desdits marchés, deux (02) mises en demeure régulières leur ont été adressées sans suite ; qu'en conséquence, lesdits marchés ont été résiliés conformément à la réglementation ;

considérant qu'au regard des informations portées à sa connaissance par la commune de Founzan, l'ARCOP a engagé une poursuite disciplinaire contre l'entreprise ESAC SARL et son gérant pour fait de défaillance ; que conformément aux textes en vigueur, le Secrétariat permanent n'était pas parvenu à notifier la convocation pour entendre le mis en cause en séance de discipline au regard du procès-verbal de recherches infructueuses de l'huissier de justice ; que l'ORD a donc par décision en date du 26 juin 2019 décidé de suspendre à titre conservatoire de toute participation à la commande publique ESAC SARL et son gérant jusqu'à leur comparution devant l'Organe de règlement des différends pour être entendu sur les faits qui leurs sont reprochés ;

considérant qu'en juin 2022 et le 27 octobre 2022, ESAC SARL a saisi l'ARCOP par une requête au fin d'annulation de la décision de suspension à titre conservatoire de toute participation à la commande publique ;

que le mis en cause relève que c'est tout récemment, il a appris sa suspension de participation à la commande publique ; qu'il rappelle qu'à cette période, le défaut de notification de l'huissier de la convocation de comparution est dû au fait de maladie ; qu'il présente ses excuses à la commission pour la non comparution à la session ORD du 26 juin 2019 ; que les marchés sus cités ont été effectivement résiliés pour retard dans leur exécution ; que le retard accusé était dû au refus de financement de sa banque BCB ; qu'étant dans l'obligation de changer de domiciliation bancaire, le micro finance MUFEDE a mis du temps pour l'accompagner ; que c'est dans ce sens que les résiliations sont intervenues suite au retard ; qu'il clame la clémence de l'ORD afin de lever la sanction prononcée à son égard dans le but de survivre et de faire face à ses réalités sociales ;

sur la discussion,

considérant qu'aux termes de l'article 2 point 20 du décret n°2017-0049 ci-dessus cité, « 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 » est une entreprise défaillante ;

considérant qu'il ressort des textes en vigueur, notamment l'article 54 de la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 et les articles 178 et 179 du décret n°2017-0049 du 1^{er} février 2017, que l'entreprise défaillante peut faire l'objet de plusieurs sanctions dont l'exclusion temporaire ou définitive et les sanctions pécuniaires prononcées par l'Organe de règlement non juridictionnel des différends ;

considérant que l'entreprise ESAC SARL et son gérant suite à sa suspension à titre conservatoire de toute participation à la commande publique a comparu et clame la clémence de l'ORD au fin d'annulation de la sanction prononcée :

considérant qu'il était reproché à l'entreprise ESAC SARL et son gérant l'inexécution de ses obligations contractuelles, ce qui avait conduit à la résiliation des marchés ci-dessus cités ; qu'en effet, l'autorité contractante avait dû résilier les contrats au regard de l'incapacité du titulaire des marchés à exécuter les prestations telles que prévues aux contrats ;

considérant que les résiliations avaient été régulièrement prononcées et notifiées au titulaire des marchés après les mises en demeure restées sans effets ;

considérant que les faits reprochés à ESAC SARL et son gérant étaient avérés ; que cependant, les faits d'inexécution concerne des marchés passés en 2017 et sortent de ce fait hors du champ prévu à l'article 2 du décret précité ;

que dès lors, ces faits n'engagent plus la responsabilité disciplinaire de l'entreprise ESAC SARL et son gérant ; qu'il y a donc lieu de lever la décision de suspension n°2019-D018/ARCOP/ORD du 26 juin 2019 à titre conservatoire de ESAC SARL et de son gérant au regard de sa comparution ;

par ces motifs,

DECIDE :

-que les différentes résiliations des marchés ci-dessus cités l'ont été au tort exclusif de ESAC SARL et son gérant ;

-que cependant les marchés mis en cause ayant été résiliés en 2017, ceux-ci ne tombent plus sous le coup de la défaillance prévue à 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 ;

-de lever la décision de suspension n°2019-D018/ARCOP/ORD du 26 juin 2019 à titre conservatoire de ESAC SARL et de son gérant au regard de sa comparution ;

-qu'il n'y a donc pas lieu à ce jour de prononcer de sanctions à l'encontre de ESAC SARL et de son gérant ;

-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 16 novembre 2022

Le Président de séance

Issa ZERBO