

DECISION N°2023-L0069/ARCOP/ORD

sur recours de MINA SERVICES (lot 01) et auto saisine (lot 02) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres à commande accéléré n°2022-005/MDICAPME/SONABHY pour la location gérance de restaurants au profit de la SONABHY.

**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 publique déléguée ;*
- Sur** *recours par lettre en date du 01 février 2023 de MINA SERVICES (lot 01) et auto saisine (lot 02) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

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

en présence de :

- Madame Mariam TRAORE, membre de l'ORD ;
- Monsieur Yacouba ZONGO membre de l'ORD ;
- Monsieur B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Mesdames Kadidia SANOU, Fatimata COMPAORE et Monsieur Saidou OUEDRAOGO, représentant MINA SERVICES ;
- au titre de l'autorité contractante, Monsieur W. Henri Vivien KIENDREBEOGO, représentant la SONABHY ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Messieurs W. Benoit OUEDRAOGO et Hamidou OUEDRAOGO, représentant NAT2 PRO ;

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 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 des résultats provisoires de l'appel d'offres à commande accéléré n°2022-005/MDICAPME/SONABHY pour la location gérance de restaurants au profit de la SONABHY (lot 01) ;

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 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 que les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°3542 du lundi 30 janvier 2023, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au mercredi 01 février 2023 ; que MINA SERVICES a saisi l'ORD par lettre en date du mercredi 01 février 2023 ; 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 1^{er} février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

considérant que, conformément aux dispositions de l'article 34 alinéa 1 du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID suscité, l'ORD « peut s'autosaisir en toute matière et statuer » sur le fondement des informations recueillies dans l'exercice de sa mission ;

qu'en l'espèce, l'ORD s'est autosaisi uniquement pour permettre une bonne administration de la justice et une mise en œuvre saine de la décision qui sera prise ; que cette auto saisine a été opérée suite aux interrogations de l'autorité contractante quant au sort du lot 02 de l'appel d'offres, étant entendu que MINA SERVICES ne conteste que son lot (lot 01) ; que l'ordonnance de justice à la base de la décision de l'ORD concerne les deux (02) lots ; qu'il convenait donc de prendre en compte ce deuxième lot pour éviter une gestion à moitié de l'affaire et des recours à répétition alors que cela fait plus d'une année que le premier recours a été introduit devant l'ORD ;

que, dès lors, il convient de déclarer recevables le recours de MINA SERVICES (lot 01) et l'auto saisine (lot 02) de l'ORD ;

AU FOND :

sur les faits,

la Société nationale burkinabè des hydrocarbures a lancé l'appel d'offres à commande accéléré n°2022-005/MDICAPME/SONABHY pour la location gérance de restaurants au profit de la SONABHY (lot 01) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de MINA SERVICES conforme mais non attributaire ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et fait valoir que le principe du contradictoire n'est pas respecté car il demeure toujours l'attributaire provisoire ; qu'il n'a pas été convoqué à la dernière audience en date du 14 novembre 2022 pour lui permettre de présenter ses moyens de défense ; que la décision sortie de cette audience présente des doutes dans la mesure où il n'a pas été convoqué ; que la jugement n°251 du 12/08/2021 confirme cette assertion selon laquelle, l'obligation est faite à l'ORD de respecter le contradictoire ; que de ce fait, les résultats méritent infirmation ; que s'il avait été convoqué à la dernière audience, il aurait rappelé à l'ORD et la CAM/SONABHY l'ordonnance judiciaire n°22-2/2022 du 25 juillet 2022 ayant suspendu la décision n°2022-L0286/ARCOP/ORD du 21/06/2022 et qui n'a pas fait l'objet d'appel ; que le refus d'exécuter délibérément une décision de justice est punissable par la loi car il constitue une infraction selon le code pénal de 2018 ;

il sollicite donc de l'ORD un réexamen des résultats provisoires afin de le rétablir dans ses droits ;

sur la discussion,

considérant que l'offre du requérant a juste été déclarée conforme au DAO ; qu'en effet, le marché a été attribué à NAT2PRO suite à la décision n°2022-L0611/ARCOP/ORD du 14 novembre 2022 ;

considérant que le requérant a relevé que la précédente décision du 14 novembre 2022 a été rendue à son insu en violation des droits de la défense et du principe du contradictoire ; qu'il a invoqué notamment l'ordonnance n°22-2/2022 du 25 juillet 2022 ayant suspendu la décision n°2022-L0286/ARCOP/ORD du 21/06/2022 ; que suivant cette ordonnance de justice, le marché devrait lui revenir (lot 01) ; qu'il a produit une copie intégrale de ladite décision de justice ;

considérant que la CAM a noté qu'elle n'a fait qu'appliquer la précédente décision de l'ORD ; que sur la base de l'extrait de l'ordonnance produit par Nado Multi Service, l'ORD avait jugé sa plainte fondée et ordonné l'application de la décision de justice en sa faveur ;

considérant que MINA SERVICES, attributaire provisoire (lot 01) à l'origine, a introduit le présent recours en produisant l'ordonnance entière du 25 juillet 2022 ;

considérant que les représentants de NAT2PRO (lot 01) n'ont pas fait de déclarations particulières ; que l'ordonnance produite leur a été présentée ;

considérant que l'auto saisine de l'ORD au lot 02 n'a pas remis en cause les principes du contradictoire et des droits de la défense dans la mesure où il s'agissait de tirer les conséquences de l'ordonnance du 25 juillet 2022 à l'ensemble des deux (02) lots concernés pour une bonne administration de la justice ; que NAT2PRO et NADO MULTI SERVICE n'ont pas exercé de voie recours contre l'ordonnance (certificat de non appel n°2022/330/C.A. A-O/G du 03 août 2022) ; qu'ainsi, même si NADO MULTI SERVICE, qui est intéressé au lot 02, avait été présent, il n'aurait pas pu remettre en cause la décision de l'ORD ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a pris connaissance de l'ordonnance rédigée ; qu'il s'est rendu compte que l'extrait de la décision de justice dont il s'est prévalu pour rendre sa décision n'avait été correctement interprété ; qu'en effet, il ressort de l'expédition (copie intégrale) de l'ordonnance n°022-2 du 25 juillet 2022 que la Présidente du Tribunal administratif de Ouagadougou a jugé, en référé suspension, que les offres de NAT2PRO (lot 01) et NADO MULTI SERVICE (lot 02) « devraient être déclarées non conformes » ; qu'ainsi, l'exécution de la décision n°2022-L0286/ARCOP/ORD du 21/06/2022 a été suspendue ; qu'il s'en suit que NAT2PRO et NADO MULTI SERVICE ne peuvent être déclarés attributaires des marchés (lots 01 et 02) ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant est fondée et d'infirmer ainsi les résultats provisoires aux deux (02) lots ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours de MINA SERVICES 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 ;

-que la plainte de MINA SERVICES est fondée ; qu'en effet, il ressort de l'ordonnance n°022-2 du 25 juillet 2022 que la Présidente du Tribunal administratif de Ouagadougou a jugé, en référé suspension, que les offres de NAT2PRO (lot 01) et NADO MULTI SERVICE (lot 02) « devraient être déclarées non conformes » ; qu'ainsi, l'exécution de la décision n°2022-L0286/ARCOP/ORD du 21/06/2022 a été suspendue ; qu'il s'en suit que NAT2PRO et NADO MULTI SERVICE ne peuvent être déclarés attributaires des marchés (lots 01 et 02) ;

-d'infirmier les résultats provisoires de l'appel d'offres à commande accéléré n°2022-005/MDICAPME/SONABHY pour la location gérance de restaurants au profit de la SONABHY (lots 01 et 02) ;

-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 où besoin sera.

Ouagadougou, le 03 février 2023

Le Président de séance

Issa ZERBO