

**DECISION N°2023-D0015/ARCOP/ORD**

sur demande de retrait du Cabinet d'avocats Maître Moumounou GNESSIEN, agissant au nom et pour le compte du Restaurant PALINGWENDE et sa représentante légale, Madame OUEDRAOGO Fatimata Felicité, de la décision rendue par l'ORD en sa séance disciplinaire du 17 mars 2023, dans le cadre de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2022-003/MSHP/SG/CHR-K/DG/PRM pour la contractualisation du service de restauration du CHR de Kaya, pour production de document non authentique (certification de chiffre d'affaires).

**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 31 mars 2023 du Cabinet d'avocats Maître Moumounou GNESSIEN, agissant au nom et pour le compte du Restaurant PALINGWENDE, de la décision rendue par l'ORD en sa séance du 17 mars 2023 ;*

présidé par Madame K.J. Sonia KABORE/OUEDRAOGO, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Monsieur Charles Marie Bernard SORGHO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Michel BADOLO, 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 Bibata SANA et Félicité OUEDRAOGO, Me Moumounou GNESSIEN et Monsieur Adama DERME, tous représentant le Restaurant PALINGWENDE ;

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 susvisée reste soumise aux dispositions du 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 ;

considérant qu'aux termes de l'article 24 du décret n°2017-0050/PRES/PM/MENEFID 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<sup>er</sup> 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 le Cabinet d'avocats Maître Moumounou GNESSIEN, agissant au nom et pour le compte du Restaurant PALINGWENDE et sa représentante légale, a saisi l'ORD à l'effet de voir retirer la décision rendue par l'ORD en sa séance du 17 mars 2023, suite à leur recours contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2022-003/MSHP/SG/CHR-K/DG/PRM pour la contractualisation du service de restauration du CHR de Kaya, pour production de document non authentique (certification de chiffre d'affaires) ;

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 17 mars 2023 ; que le délai pour introduire une demande de retrait auprès de l'ORD courait jusqu'au mercredi 07 avril 2023 ; que le Cabinet d'avocats Maître Moumounou GNESSIEN, agissant au nom et pour le compte du Restaurant PALINGWENDE a saisi l'ORD par lettre en date du 31 mars 2023 ; qu'il apparaît que la condition de délai susmentionnée a été respectée par le requérant ;

qu'en conséquence, la demande de retrait est recevable et mérite d'être appréciée au fond ;

**AU FOND :**

**sur les faits,**

le Centre hospitalier régional de Kaya a lancé l'appel d'offres ouvert accéléré n°2022-003/MSHP/SG/CHR-K/DG/PRM pour la contractualisation du service de restauration du CHR de Kaya ; que suite à la contestation des résultats provisoires devant l'ORD, des vérifications ont été menées sur instructions de l'Organe de règlement non juridictionnel ; que ces vérifications ont permis d'établir que le restaurant requérant a produit une certification de chiffre d'affaires non-authentique ;

en conséquence, la décision disciplinaire n°2023-D0005/ARCOP/ORD du 17 mars 2023 a exclu l'entreprise et sa représentante légale des procédures de la commande publique pour production de certificat de chiffre d'affaires non authentique ;

le requérant expose que la décision mérite d'être retirée en soulignant que, pour soumissionner à cet appel d'offres, il a eu recours aux services d'une tierce personne qui a monté son offre technique et financière qu'il a soumise en réponse à l'appel d'offres ; que les premiers résultats provisoires déclaraient son offre conforme et donc attributaire du marché ; que sur plainte de ses concurrents, après l'ordre de vérification par l'ORD de son chiffre d'affaires auprès du service des impôts compétent, son offre a été finalement déclarée non conforme pour chiffre d'affaires non authentifié par les services des impôts ; que le consultant individuel qui a monté son offre a manipulé son chiffre d'affaires en produisant un autre chiffre d'affaires ; qu'il s'agit de Monsieur OUEDRAOGO Soulé répondant au numéro de téléphone : 60 55 55 49 ;

il expose que selon l'article 2 du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1<sup>er</sup> février 2017, l'ORD ne peut prononcer des sanctions prévues que contre les candidats, les soumissionnaires, les attributaires, des titulaires, auteurs de violation de la réglementation des marchés publics ; qu'en conséquence, il faille être auteur de violation de la réglementation des marchés publics pour être sanctionné ; que la violation est selon les termes de l'ORD lui-même : « production de document non authentique (certification de chiffres d'affaires) » ; que, dans l'esprit, l'on comprend qu'il s'agit de « faux document » et la question du défaut d'authenticité renvoyant au faux donc à la matière pénale ; qu'en référence à l'article 131-2 du Code pénal qui dispose : « Est auteur ou coauteur toute personne physique qui, personnellement et de façon principale, accomplit les éléments constitutifs d'une infraction par commission ou omission ou qui est à l'origine de tels faits » ; qu'il ne peut être auteur puisqu'il n'a posé aucun acte matériel concourant à la réalisation de l'infraction ; qu'en le sanctionnant, l'ORD a commis une erreur de fait sur l'auteur réel des faits incriminés sanctionnant une victime plutôt qu'un coupable ;

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

**sur la discussion,**

considérant que le requérant a sollicité le retrait de la décision disciplinaire n°2023-D0005/ARCOP/ORD du 17 mars 2023 ; que cette décision l'a exclu de la commande publique pour une période de trois (03) ans à compter de son prononcé ; qu'en réalité, il n'est pas l'auteur de la faute commise qui est le fait d'un collaborateur imprudent ;

qu'après avoir retiré la décision, il voudrait que l'ORD statue à nouveau en retenant juste l'avertissement conformément à l'article 53 de la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties en leurs moyens et prétentions, a relevé que la demande de retrait est partiellement fondée ; qu'en effet, le requérant a admis que l'acte répréhensible a été posé par M. OUEDRAOGO Soulé (Tél : 60 55 55 49), qui serait un consultant individuel à qui la préparation de l'offre a été confiée ; qu'il s'agit d'un élément nouveau que l'entreprise avait refusé d'apporter lors de la session du 17 mars 2023 en dépit de l'interpellation de l'ORD ; que vu cet élément nouveau, il y a lieu de décider du retrait de la précédente décision ;

considérant que la décision est retirée, il convient de statuer à nouveau sur le sort de la procédure disciplinaire ; qu'à ce sujet, il faut relever que le restaurant PALINGWENDE et sa représentante légale, Madame OUEDRAOGO Fatimata Félicité, restent disciplinairement responsables des faits qui leur sont reprochés ; qu'en effet, le fait que le « faux » soit l'œuvre d'un collaborateur ne suffit pas à disculper l'entreprise et sa représentante légale ; que, comme, la précédente décision l'a établi, Mme OUEDRAOGO Fatimata Félicité n'a pas pu signer l'offre contenant un certificat de chiffre d'affaires inexact en méconnaissance de cause ; que le niveau de chiffre d'affaires est une information capitale que toute entreprise possède en temps réel et utilise pour pouvoir participer aux différents appels d'offres ; qu'il n'est donc pas possible que l'entreprise n'ait pas su qu'elle n'avait pas le niveau de chiffre d'affaires requis ; qu'en conséquence, sa complicité et son action fautive ne font l'objet d'aucun doute ;

considérant cependant qu'il importe de tenir compte de l'élément nouveau en réduisant la période d'exclusion des mis en cause à deux (02) ans à compter de la décision initiale du 17 mars 2023 ;

par ces motifs ;

**DECIDE :**

**-qu'il est compétent ;**

**-que la demande de retrait du Cabinet d'avocats Maître Moumounou GNESSIEN, agissant au nom et pour le compte du Restaurant PALINGWENDE et sa représentante légale Madame OUEDRAOGO Fatimata Félicité, est partiellement fondée ; qu'en effet, le requérant a admis que l'acte répréhensible a été posé par M. OUEDRAOGO Soulé (Tél : 60 55 55 49) ; qu'il s'agit d'un élément nouveau ; que la décision du 17 mars 2023 est donc retirée ;**

**-que statuant à nouveau, le Restaurant PALINGWENDE et sa représentante légale, Madame OUEDRAOGO Fatimata Félicité, restent disciplinairement responsables des faits qui leur sont reprochés ;**

**-qu'il y a lieu cependant de tenir compte de l'élément nouveau et de réduire la période d'exclusion des mis en cause à deux (02) ans à compter de la décision initiale du 17 mars 2023 ;**

**-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 05 avril 2023

La Présidente de séance

**K.J. Sonia KABORE/OUEDRAOGO**