

DECISION N°2023-L0152/ARCOP/ORD

sur recours de NAT2PRO S.A.S (lot 01) et de NADO MULTI SERVICE (lot 02) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres à commandes n°2022-005/MDICAPME/SONABHY pour la location gérance de restaurants au profit de la SONABHY à Ouagadougou et à Bobo-Dioulasso.

**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 lettres en date du 31 mars 2023 de NAT2PRO S.A.S et de NADO MULTI SERVICE contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

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 des requérants :
 - Messieurs A. Latif KOUSSE et W. Benoît OUEDRAOGO, représentant NAT2PRO S.A.S ;
 - Messieurs Armand KERE et Mamadou COULIBALY, représentant NADO MULTI SERVICE ;

- au titre de l'autorité contractante, Messieurs W. Henri Vivien KIENDREBEOGO et Kiswendsida David SAWADOGO, agents de la DMP de la Société nationale burkinabè des hydrocarbures (SONABHY) ;
- au titre des attributaires provisoires :
 - Monsieur Hiliaw SAWADOGO, conseil de MINA SERVICES ;
 - Madame Carine ZONGO, Directrice de NOAH MARKET ;

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 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 les recours concernent la contestation des résultats provisoires de l'appel d'offres à commandes n°2022-005/MDICAPME/SONABHY pour la location gérance de restaurants au profit de la SONABHY à Ouagadougou et à Bobo-Dioulasso ;

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 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°3584 du mercredi 29 mars 2023, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au vendredi 31 mars 2023 ; que NAT2PRO S.A.S et NADO MULTI SERVICE ont saisi l'ORD par lettre en date du vendredi 31 mars 2023 ; que, par ailleurs, les recours sont conformes 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 ;

que, dès lors, il convient de les déclarer recevables ;

AU FOND :

sur les faits,

la Société nationale burkinabè des hydrocarbures a lancé l'appel d'offres à commandes n°2022-005/MDICAPME/SONABHY pour la location gérance de restaurants au profit de la SONABHY à Ouagadougou et à Bobo-Dioulasso ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré que l'offre de NAT2PRO S.A.S non conforme au motif que le contrat de bail joint n'est pas au nom de NAT2PRO mais plutôt au nom de TRAORE Salamata ; que la situation géographique sur le contrat de bail indique que le restaurant est à Somgandé alors que l'arrêté précise que le restaurant est situé à Pissy ; que le contrat de bail contient des surcharges (boîte postale et numéro de secteur) ;

s'agissant de l'offre de NADO MULTI SERVICE, elle l'a également jugée non conforme au motif que l'entreprise n'a pas fait la preuve de l'existence de son restaurant par un contrat de bail ou un titre de propriété ;

les deux (02) requérants contestent cette décision de la CAM :

NAT2PRO fait valoir qu'il est une société par actions simplifiées et la nommée TRAORE Salamata étant la directrice chargée des stratégies commerciales ; que l'exécution du marché est au sein de la SONABHY à Ouagadougou et il est prévu une location du restaurant sur place et une visite du site a été faite à cet effet ; que le contrat de bail n'est pas une exigence des dossiers standards, de là on ne peut pas écarter ou rejeter une offre sur la base de cette pièce vraiment arbitraire ; que le dossier est toujours inscrit en suspension au Tribunal administratif ; que la décision n°2022-L0286/ARCOP/ORD du 21/06/2022 lui donnait raison et exigeait la vérification du contrat de bail auprès des services compétents et d'en reverser les résultats auprès de l'ARCOP, ce qui n'a pas été fait ;

que la décision n°2023-L0069/ARCOP/ORD du 03/02/2023 ne dit en aucun endroit d'attribuer le marché à MINA SERVICES ;

NADO MULTI SERVICE fait valoir qu'il soutient ne pas avoir été convoqué pour le contradictoire quant à la plainte de MINA SERVICES ; que l'ORD a statué en contradiction de la décision n°2022-L0611/ARCOP/ORD qui a statué pour non-respect de la décision n°2022-L0286/ARCOP/ORD rendue le 21 juin 2022 ; que l'ORD n'a pas réellement pris connaissance du contenu de la décision judiciaire rendue par le juge d'instruction et qui a été confirmée par la décision n°2022-L0611 qui est suffisamment explicite ;

ils sollicitent donc de l'ORD un réexamen des résultats provisoires afin de les rétablir dans leurs droits ;

sur la discussion,

sur le recours de NAT2PRO (lot 01),

considérant que l'offre du requérant a été écartée sur la base des motifs ci-dessus rappelés ;

considérant que cette procédure a fait l'objet de plusieurs décisions rendues par l'ORD (n°2022-L0286/ARCOP/ORD du 21/06/2022, n°2022-L0611/ARCOP/ORD du 14/11/2022 et n°2023-L0069/ARCOP/ORD du 03/02/2023) ;

considérant qu'il ressort du dispositif de la dernière décision 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) » ;

considérant que le requérant a réaffirmé ses arguments ci-dessus exposés insistant notamment sur le fait que le contrat de bail n'est pas une exigence du dossier standard ; que la décision initiale a été suspendue par le juge compétent ;

considérant que la CAM a noté qu'elle n'a fait qu'appliquer la précédente décision de l'ORD du 03/02/2023 ; que cette décision a expressément affirmé que l'offre du requérant devrait être déclarée non-conforme en s'appuyant sur l'ordonnance suscitée du 25 juillet 2022 ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que la plainte de NAT2PRO S.A.S n'est pas fondée ; que la décision n°2023-L0069/ARCOP/ORD du 03 février 2023 trouve son fondement dans l'ordonnance du juge administratif du 25 juillet 2022 dont l'expédition entière a été produite au dossier ; qu'elle constate que l'offre du requérant devrait être rejetée comme étant non conforme ; qu'ainsi, l'exécution de la décision n°2022-L0286/ARCOP/ORD du 21/06/2022 a été suspendue ;

qu'il ne pouvait donc pas être déclaré conforme a fortiori attributaire du marché ;
qu'il s'en suit que la décision a été régulièrement mise en œuvre ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant n'est pas fondée et de confirmer ainsi les résultats provisoires (lot 01) ;

sur le recours de NADO MULTI SERVICE (lot 02),

considérant que l'offre du requérant a été écartée sur la base des motifs ci-dessus rappelés ;

considérant que cette procédure a fait l'objet de plusieurs décisions rendues par l'ORD (n°2022-L0286/ARCOP/ORD du 21/06/2022, n°2022-L0611/ARCOP/ORD du 14/11/2022 et n°2023-L0069/ARCOP/ORD du 03/02/2023) ;

considérant qu'il ressort du dispositif de la dernière décision 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) » ;

considérant que le requérant a réaffirmé ses arguments ci-dessus exposés insistant notamment sur le fait que le principe du contradictoire n'a pas été respecté dans le processus de la décision du 03 février 2023 rendue à son insu ; que la décision de l'ORD n'est pas en phase avec l'ordonnance du juge administratif qui aurait tranché en sa faveur ;

considérant que la CAM a noté qu'elle n'a fait qu'appliquer la précédente décision de l'ORD du 03/02/2023 ; que cette décision a expressément affirmé que l'offre du requérant devrait être déclarée non-conforme en s'appuyant sur l'ordonnance suscitée du 25 juillet 2022 ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que la plainte de NADO MULTI SERVICE n'est pas fondée ; que la décision n°2023-L0069/ARCOP/ORD du 03 février 2023 trouve son fondement dans l'ordonnance du juge administratif du 25 juillet 2022 qui constate que l'offre du requérant devrait être rejetée comme étant non conforme ; qu'ainsi, l'exécution de la décision n°2022-L0286/ARCOP/ORD du 21/06/2022 a été suspendue ; qu'il ne pouvait donc pas être déclaré conforme a fortiori attributaire du marché ; qu'il s'en suit que la décision a été régulièrement mise en œuvre ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant n'est pas fondée et de confirmer ainsi les résultats provisoires (lot 02) ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les recours de NAT2PRO S.A.S et de NADO MULTI SERVICE sont recevables ;

-que 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 ;

-que les plaintes de NAT2PRO S.A.S (lot 01) et de NADO MULTI SERVICE (lot 02) ne sont pas fondées ; que la décision n°2023-L0069/ARCOP/ORD du 03 février 2023 a été régulièrement mise en œuvre, le juge des référés ayant clairement rejeté la conformité de leurs offres dans son ordonnance du 25 juillet 2022 ;

-que les présents résultats provisoires ne remettent pas en cause la suspension de la décision n°2022-L0286 du 21 juin 2022 ;

-de confirmer les résultats provisoires de l'appel d'offres à commandes n°2022-005/MDICAPME/SONABHY pour la location gérance de restaurants au profit de la SONABHY à Ouagadougou et à Bobo-Dioulasso ;

-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 05 avril 2023

La Présidente de séance

K.J. Sonia KABORE/OUEDRAOGO