

DECISION N°2024-L0296/ARCOP/ORD

sur recours de ADF SERVICES SARL contre la non mise en œuvre de la décision n°2024-L0281/ARCOP/ORD du 04 juillet 2024 relative aux résultats provisoires de la demande de prix n°2024-011/MDICAPME/SONABHY pour l'acquisition d'équipements de protection individuelle au profit de la SONABHY à BINGO et Bobo-Dioulasso (lot 01).

**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 public déléguée ;*

Sur *recours par lettre en date du 19 juillet 2024 de ADF SERVICES SARL contre la non mise en œuvre de la décision n°2024-L0281/ARCOP/ORD du 04 juillet relative aux résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ;*

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

en présence de :

- Monsieur Martin OUEDRAOGO membre de l'ORD ;
- Monsieur Issoufou YELEMOU, 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 Rodrigue BAGORO et Faouzi MAIGA, représentant ADF SERVICES SARL ;
- au titre de l'autorité contractante, Monsieur Adama TRAORE, représentant la Société Nationale Burkinabè des Hydrocarbures (SONABHY) ;

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 prix sus visée reste soumise 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 non mise en œuvre de la décision n°2024-L0281/ARCOP/ORD du 04 juillet 2024 faisant suite à la contestation des résultats provisoires de la demande de prix n°2024-011/MDICAPME/SONABHY pour l'acquisition d'équipements de protection individuelle au profit de la SONABHY à BINGO et Bobo-Dioulasso (lot 01) ;

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 les autorités contractantes : trois à cinq jours ouvrables de l'ouverture des plis à la transmission des résultats des commissions à la structure en charge du contrôle a priori ;
- pour la structure en charge du contrôle a priori : trois jours ouvrables de la réception du dossier à la publication dans la revue des marchés publics, le cas échéant ;
- (...)
- pour l'instance de recours non juridictionnel : trois jours ouvrables à compter de sa saisine jusqu'à la notification de la décision lorsqu'elle statue en matière de litiges.
- En cas de dépassement des délais visés aux alinéas précédents, l'avis de la structure chargée du contrôle a priori est réputé conforme.
- De même, en cas de litige, le contenu du dossier d'appel à concurrence ou les résultats des travaux de la commission d'attribution des marchés sont réputés confirmés par l'instance de recours non juridictionnel, en cas de dépassement des délais sus visés.» ;

considérant qu'en l'espèce, suite à la contestation des résultats provisoires de la demande de prix n°2024-011/MDICAPME/SONABHY pour l'acquisition d'équipements de protection individuelle au profit de la SONABHY à BINGO et Bobo-Dioulasso (lot 01), ADF SERVICES SARL a saisi l'ORD d'un recours en date du 19 juillet 2024 à l'effet de contester la non-exécution de la décision de l'ORD dans les délais réglementaires ; qu'au jour de la session de l'ORD, la décision de l'ORD n'avait pas été mise en œuvre par la CAM de la SONABHY ;

considérant que les décisions de l'ORD rendues en matière de litige sont « exécutoires dès leur prononcé » conformément aux dispositions de l'article 30 alinéa 5 du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID susvisé ;

considérant que le défaut de publication des nouveaux résultats peut renvoyer à une décision « de ne pas attribuer la commande publique » dans le sens des dispositions de l'article 27 du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID ; qu'en effet, cet article énumère à titre indicatif les cas qui peuvent faire l'objet de plaintes de la part des entreprises ;

considérant qu'il résulte de ce qui précède que les acteurs de la chaîne de passation (CAM, DGCMEF) semblent avoir largement dépassé les délais impartis pour le traitement du dossier ; qu'ainsi, l'autorité de régulation peut en être saisie à travers son organe de règlement non juridictionnel des différends ;

que, dès lors, il convient de déclarer recevable le recours de la société ADF SERVICES SARL ;

AU FOND :

sur les faits,

la Société Nationale Burkinabè des Hydrocarbures (SONABHY) a lancé la demande de prix n°2024-011/MDICAPME/SONABHY pour l'acquisition d'équipements de protection individuelle au profit de la SONABHY à BINGO et Bobo-Dioulasso (lot 01) ;

le requérant fait valoir que, suite aux contestations des résultats provisoires par EZO International SARL et SADEC SARL en date du 28/06/2024, que l'ORD a rendu la décision n°2024-L0281/ARCOP/ORD du 04/07/2024 dont la teneur suit :

« -que la plainte de EZO International Sarl (lot 01) n'est pas fondée ; que les masques et les bottes de sécurité qu'il propose sont différents de ceux qui ont été exigés par le dossier ;

-que la plainte de SADEC (lots 01 et 02) n'est pas fondée ; qu'en application des dispositions de l'article 178 nouveau du décret N°2023-0273/PRES-TRANS/PM/MEFP du 21 mars 2023 modificatif du décret N°2017-0049, la CAM peut écarter son offre de la présente procédure ; que la lettre de résiliation a été transmise à l'ARCOP le 03 juillet 2023 ;

-de confirmer les résultats provisoires de la demande de prix n°2024-011/MDICAPME/SONABHY pour l'acquisition d'équipements de protection individuelle au profit de la SONABHY à Bingo et à Bobo-Dioulasso » ;

il relève que, de la prise de la décision à la date du 18/07/2024, la CAM traîne à la mettre en œuvre en faisant la notification provisoire d'attribution du marché, l'approbation du contrat et l'émission de l'ordre de service ; que l'article 30 alinéa 5, du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} février 2017 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'ARCOP dispose que « les décisions de l'Organe de Règlement des Différends en formation de litige sont exécutoires dès leur notification » ; que surabondamment, l'article 22, alinéa 1, du décret n°2015-1260/PRES-TRANS/PM/MEF du 09 novembre 2015 portant code d'éthique et de déontologie de la commande publique, impose le respect scrupuleux des délais prévus ; qu'aux termes de cette disposition, « L'agent public doit scrupuleusement respecter les délais mentionnés dans les avis et dossiers à concurrence ainsi que les délais fixés par la réglementation relative à la procédure d'évaluation, de publication, de notification, de signature, de contrôle ou d'approbation. Il en est de même pour les délais prévus par la procédure d'exécution, notamment en matière de réception des prestations et de paiement » ;

le requérant souligne également que ces brefs délais sont répétés à travers l'article 33 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 délégations de service public en disposant que « Les délais de passation, de contrôle et de règlement de différends relatifs aux commandes publiques sont fixés comme suit :

- Pour les autorités contractantes : trois (03) à cinq (05) jours ouvrables de l'ouverture des plis à la transmission des résultats des commissions à la structure en charge du contrôle à priori ;
- Pour la structure en charge du contrôle à priori : trois (03) jours ouvrables de la réception du dossier à la publication dans la revue des marchés publics, le cas échéant... » ;

au regard des brefs délais de la procédure de passation de l'appel à concurrence, la CAM doit agir dans les délais réglementaires de mise en œuvre des décisions ; il note que fondement pris des dispositions de l'article 30, alinéa 5, du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} février 2017 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation de la Commande Publique qui dispose que les décisions de l'ORD sont exécutoires dès leur notification, et de la circulaire n°2011-0051/PM/CAB/SP-ARMP du 21 décembre 2011 portant mise en œuvre des décisions issues de l'Organe de Règlement des Différends, qu'il saisit l'ORD à l'effet de prendre ou de faire prendre toute disposition utile afin de mettre en œuvre sa décision ci-dessus citée par une notification provisoire d'attribution et la contractualisation ;

il sied de rappeler, qu'outre les sanctions administratives que l'ORD pourrait prendre, le non-respect des décisions ORD en matière de litige est sanctionné par l'article 60, tiret 04 de la loi n°005-2024/ALT du 20 avril 2024 portant réglementation de la commande publique au Burkina Faso ; qu'en effet, cette disposition précise que : « quiconque refuse d'exécuter ou constitue un obstacle à l'exécution d'une décision de l'organe de règlement des différends est passible d'une amende de trois cent mille (300 000) à un million cinq cent mille (1 500 000) francs CFA et d'une peine d'emprisonnement de deux mois à deux ans ».

sur la discussion,

considérant que le requérant a saisi l'ORD pour demander la mise en œuvre de sa décision sus citée du 04 juillet 2024 faisant suite aux recours contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2024-011/MDICAPME/SONABHY (lot 01) ; qu'au regard de la confirmation des résultats provisoires, il estime devoir être retenu comme attributaire définitif de cette procédure ;

considérant que le requérant a rappelé ses moyens et prétentions ci-dessus exposés ;

considérant qu'il a également informé l'ORD de ce qu'il a appris de source sûre que la CAM de la SONABHY n'entend pas mettre en œuvre sa décision du 04 juillet 2024 ; qu'en effet, la CAM aurait tenu compte du recours préalable d'un de ses concurrents qu'elle a examiné et jugé fondé ; qu'en prenant en compte ledit recours préalable, l'attribution du marché a été proposée à ce concurrent dont personne n'était informé du recours ;

considérant que le représentant de l'autorité contractante a effectivement confirmé les déclarations du requérant relatives au recours préalable de la société ELT.PUB SARL ; qu'il a expliqué que cette société a régulièrement fait son recours préalable devant l'autorité contractante, le 02 juillet 2024 ; que son offre avait été déclarée non conforme pour défaut de mention des marques des équipements proposés ; que suite au traitement du recours préalable, la CAM s'est rendue compte que c'est par mégarde qu'elle a rejeté son offre car les marques sont précisées conformément aux textes en vigueur ; que cette erreur d'appréciation a été favorisée par le nombre très important des offres à analyser lors de cette session de la CAM ;

considérant que le requérant a émis des réserves sur la régularité de la procédure et du traitement du recours préalable de son concurrent ; que la CAM n'a nullement informé l'ORD et les autres parties au contentieux lors de l'examen des plaintes à la session du 04 juillet 2024 ; qu'il s'en tient à la décision du 04 juillet 2024 qui reste exécutoire conformément aux textes en vigueur ; qu'aucune autre décision, encore moins de la CAM, ne peut prévaloir sur celle-ci ;

considérant que l'ORD est également revenu sur les circonstances dans lesquelles la CAM a traité le recours préalable de ELT.PUB SARL ; que l'Organe n'a effectivement pas été informé dudit recours alors que l'autorité contractante en était informée lorsqu'elle s'est présentée à la session du 04 juillet 2024 ; qu'ainsi, en prenant sa décision dont la mise en œuvre est réclamée, l'ORD n'avait pas connaissance du recours préalable ; que le représentant de la CAM a reconnu que l'ORD n'a pas été informé ; qu'il s'agit d'une erreur de l'autorité contractante ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que la CAM de la SONABHY a commis une grave erreur en omettant de l'informer du recours préalable en cours de traitement ;

que, pour une bonne administration de la justice, elle devait donner cette information capitale aux parties, ce d'autant plus, qu'il s'agit des mêmes résultats provisoires ; qu'en traitant le recours préalable alors que l'ORD avait rendu une décision mettant fin au contentieux non juridictionnel, la CAM n'a pas agi conformément aux textes en vigueur ; qu'elle n'était plus compétente pour tenter de remettre insidieusement en cause la décision de l'ORD ; qu'elle n'aurait pu le faire qu'en utilisant les voies de recours qui s'offraient à elle ;

considérant que l'ORD a également jugé que le traitement du recours préalable dans ce contexte viole le « principe de transparence du processus de passation » affirmée notamment par les dispositions de l'article 7 de la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 susvisée ; qu'en sus, les droits de la défense n'ont pas été respectés à l'égard de l'attributaire initial, ADF SERVICES SARL ; qu'il s'en suit que le recours préalable de la société ELT.PUB SARL ne peut faire obstacle à l'exécution de sa décision du 04 juillet 2024 ;

considérant que, suivant les textes suscités, la CAM disposait de cinq (05) jours ouvrables pour mettre en œuvre la décision ; qu'au jour de la présente session, ce délai règlementaire a été largement dépassé ;

qu'au vu de tous ces éléments, l'ORD a jugé que la plainte de ADF SERVICE SARL est fondée ; qu'en effet, les délais de mise en œuvre des décisions de l'ORD n'ont pas été respectés au regard des textes en vigueur en l'occurrence la loi n°039-2016/AN du 02/12/2016 (article 26), le décret n°2015-1260/PRES-TRANS/PM/MEF du 09/11/2015 portant code d'éthique et de déontologie (article 22) et le décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 01/02/2017 (article 33) ;

qu'en conséquence, il convient de renvoyer la CAM de la SONABHY à mettre régulièrement en œuvre la décision n°2024-L0281/ARCOP/ORD du 04 juillet 2024 en respectant les principes fondamentaux de la commande publique ;

par ces motifs ;

DECIDE :

- **qu'il est compétent ;**
- **que le recours de ADF SERVICE SARL est recevable ;**
- **que la demande de prix sus visée reste soumise 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 ADF SERVICE SARL est fondée ; qu'en effet, les délais de mise en œuvre des décisions de l'ORD n'ont pas été respectés au regard des textes en vigueur notamment le décret n°2015-1260/PRES-TRANS/PM/MEF du 09/11/2015 portant code d'éthique et de déontologie (article 22) et le décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 01/02/2017 (article 33) ;**

- **qu'en conséquence, il convient de renvoyer la CAM de la SONABHY à mettre régulièrement en œuvre la décision n°2024-L0281/ARCOP/ORD du 04 juillet 2024 en respectant les principes fondamentaux de la commande publique ;**
- **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 24 juillet 2024

Le Président de séance

Michel KAFANDO
Officier de l'Ordre de l'Etalon