
**ORGANE DE REGLEMENT
DES DIFFERENDS**

DECISION N°2025-L.R0032/ARCOP/ORD
L'ORGANE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS,

Siégeant en matière de retrait à sa séance du 22 janvier 2025, composé de :

Monsieur Michel KAFANDO, président de séance ;

Madame K. Sylvie SEREME/TAPSOBA,

Monsieur Issoufou YELEMOU,

Tous membres de l'ORD ;

Assisté de Monsieur B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

Vu *la loi n° 005-2024/ALT du 20 avril 2024 portant réglementation générale de la commande publique au Burkina Faso ;*

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 ;*

Vu *le décret n° 2017-0051/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} février 2017 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage public déléguée ;*

Vu *la décision n°2025-L0022/ARCOP/ORD du 13 janvier 2025 ;*

Vu *la demande de retrait de SO.SE.REF enregistrée le 17 janvier 2025 relative à la décision rendue par l'ORD en sa séance du 13 janvier 2025, suite au recours de MAXIMUM PROTECTION Sarl contre les résultats provisoires de la demande de prix à commandes n°2024-0040/MS/SG/DMP pour le gardiennage et la sécurité des locaux administratifs et techniques du Ministère de la Santé ;*

Vu *les pièces du dossier ;*

Les parties entendues ;

A rendu la présente décision,

Entre

Messieurs Oumarou OUEDRAOGO et Yacouba YAGO, représentant SO.SE.REF (numéro IFU : 00111834N, RCCM : BF OUA 2018B8624, adresse : SC, requérant ;

Et

Monsieur Moussa KABORE, représentant le ministère de la sante (MS), autorité contractante ;

Messieurs Pierre NIKIEMA et Cyrille NEYA, représentant MAXIMUM PROTECTION, entreprise bénéficiaire de la décision du 13 janvier 2025 ;

I. FAITS-PROCEDURE-PRETENTIONS-MOYENS DES PARTIES

le Ministère de la Santé (MS) a lancé la demande de prix à commandes n°2024-0040/MS/SG/DMP pour le gardiennage et la sécurité de ses locaux administratifs et techniques ;

suite à la décision n°2025-L0022/ARCOP/ORD du 13 janvier 2025, SO.SE.REF. a déposé une demande de retrait devant l'ORD ; cette décision déclare fondé le recours de MAXIMUM PROTECTION en se fondant notamment sur les limites de l'article 4 de l'arrêté n°2023-519/MEFP/CAB du 24 octobre 2023 portant adoption des spécifications techniques standard des prestations de gardiennage qui ne donne pas la liste exhaustive des charges que tout soumissionnaire doit prendre en compte dans la fixation de son prix unitaire ;

le requérant expose que cette décision mérite d'être retirée pour plusieurs raisons ;

il relève que les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ont déclaré son offre conforme et lui ont attribué le marché ; que les mêmes résultats provisoires déclaraient l'offre de MAXIMUM PROTECTION conforme mais non attributaire au motif que le montant de l'offre ne peut pas couvrir toutes les charges dues notamment la charge patronale, la CNSS, les droits de timbres et d'enregistrement tels que prévus dans le dossier de demande de prix ; qu'insatisfaite, l'entreprise MAXIMUM PROTECTION a, après un recours préalable infructueux, saisi l'ARCOP d'une plainte aux termes de laquelle, elle contestait les résultats provisoires en motivant qu'elle ne peut être écartée de l'attribution du marché car son prix unitaire est au-dessus du SMIG ; que vidant sa saisine sur cette plainte, l'ORD décidait le 13 janvier 2025 comme suit :

« ...

- que la plainte de MAXIMUM PROTECTION est fondée ; que les dispositions de l'article 4 de l'arrêté 2023-519/MEFP/CAB du 24 octobre 2023 portant adoption des spécifications techniques standard des prestations de gardiennage n'énumèrent pas les charges qu'un soumissionnaire à un marché de gardiennage doit prendre en compte dans la détermination de son prix unitaire ;

que les charges fiscales et sociales relèvent de la gestion interne de chaque entreprise ; qu'en l'espèce, l'ORD constate que le prix unitaire proposé par le requérant respecte le SMIG ; qu'en conséquence, l'offre financière du requérant est conforme ;

- d'infirmier les résultats provisoires de la demande de prix à commande n°2024-0040/MS/SG/DMP pour le gardiennage et la sécurité des locaux administratifs et techniques du Ministère de la Santé » ;

que se sentant lésée par la décision suscitée conduisant à son éviction de l'attribution du marché, le requérant saisit l'ORD à l'effet de demander son retrait au regard de son caractère illégal ; que considérant que le dossier d'appel à concurrence a pour objectif de donner aux soumissionnaires les renseignements nécessaires pour préparer leurs offres conformément aux conditions fixées par l'autorité contractante ; qu'il est donc le référentiel qui sert de guide dans la préparation des offres ; que considérant que relativement au prix, le DDP indique à sa page 28, dernier paragraphe du nota bene que « La commission chargée de l'évaluation des offres va s'assurer que, conformément à l'article 4 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, les prix mentionnés dans les offres peuvent couvrir les aspects suivants :

- le salaire du personnel ;
- la charge patronale
- les impôts, droits et taxes, la CNSS, les droits d'enregistrement et de timbres ;

Les prix sont réputés assurer au titulaire un bénéfice. » ;

qu'il a, contrairement à MAXIMUM PROTECTION, pris en compte toutes les charges prévues par le DDP dans la détermination de son prix unitaire et que c'est ce qui justifie l'écart de 4 266 918 FCFA qu'il y a entre les deux offres ; qu'en effet, c'est le souci du respect des exigences du DDP qui l'a conduit à proposer un montant si élevé, étant conscient que l'article 100 alinéa 1 du décret n° 2017-0049 ci-dessus cité dispose que : « L'évaluation et l'attribution du marché se font sur la base de critères financiers et techniques, mentionnés dans le dossier d'appel à concurrence, afin de déterminer l'offre conforme évaluée la moins distante » ;

que saisi du recours de MAXIMUM PROTECTION, l'ORD a décidé que seul le SMIG est la référence dans l'appréciation du prix unitaire proposé parce que la réglementation actuelle ne définit pas les charges à prendre en compte pour la détermination du prix unitaire du vigile ; que l'ORD a infirmé les résultats provisoires ; qu'en infirmant simplement les résultats provisoires sans inviter l'autorité contractante à tirer les conséquences de droits des insuffisances du dossier, l'ORD a méconnu le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires prévu par l'article 8 de la loi n°005-2024/ALT du 20 avril 2024 portant réglementation générale de la commande publique ; qu'en effet, c'est le DDP qui a énuméré les charges à prendre en compte dans la proposition de l'offre financière, ce à quoi il a satisfait ;

que si le DDP n'avait pas exigé la prise en compte des charges énumérées, il aurait eu une proposition financière différente ; que donc les exigences du DDP ont eu une incidence directe sur son prix proposé ; que, si par la suite, il s'avère (comme c'est le cas en l'espèce avec la décision de l'ORD) que les charges prévues par le DDP ne doivent pas être considérées, le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires commande que la procédure soit annulée pour être relancée après la correction des insuffisances du dossier ; qu'en décidant d'infirmier simplement les résultats provisoires, l'ORD lui fait subir les conséquences des agissements de l'autorité contractante qui est à la base des exigences indues l'ayant conduit à faire sa proposition financière ; que c'est le DDP qui l'a induit en erreur en énumérant à tort les charges à prendre en compte dans les prix à proposer ;

il note que les exigences inappropriées du DDP sont d'une grande importance dans la mesure où elles touchent directement au prix de l'offre ; qu'il s'ensuit que la décision querellée mérite d'être retirée pour non-respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires dans la mesure où c'est par la faute de l'autorité contractante, que la société requérante se retrouve avec l'offre de loin la plus élevée ; que l'ORD aurait dû ordonner l'annulation de la procédure conformément à l'article 30 du 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 qui dispose que « Les décisions de l'Organe de Règlement des Différends dans la phase de passation des commandes publiques peuvent avoir pour effet de corriger la violation alléguée, d'empêcher que d'autres dommages soient causés aux intérêts des parties, de suspendre ou faire suspendre la décision litigieuse, ou la procédure de passation » ;

au regard de tout ce qui précède et conformément aux articles 24 et 39 alinéa 1 du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID suscités, il saisit l'ORD par la présente et sollicite qu'il lui plaise;

EN LA FORME :

- se déclarer compétent,
- déclarer la présente demande de retrait recevable ;

AU FOND :

- la déclarer bien fondée ;
- retirer la décision n°2025-L0022/ARCOP/ORD du 13 janvier 2025 ;
- statuant à nouveau, dire et juger que le dossier contient des insuffisances qui ont une incidence directe sur les prix ;
- renvoyer la CAM à tirer les conséquences de droit de cette situation ;

au regard des moyens ci-dessus exposés, il est certain que, s'ils avaient été développés devant les membres de l'ORD à la séance du 13 janvier 2025, ils auraient décidé autrement ;

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

l'entreprise MAXIMUM PROTECTION ne partage pas la position du requérant ; en effet, elle estime que la décision de l'ORD ne souffre pas de motifs d'illégalité ; qu'au-delà du SMIG, il n'est pas possible de définir toutes les charges à considérer ; qu'en tout état de cause, il a prévu la prise en charge de toutes les dépenses liées au marché et dispose d'une marge bénéficiaire ;

l'autorité contractante relève qu'elle est en cours de mise en œuvre de la 1^{ère} décision ; que cette mise en œuvre connaît des difficultés dans la mesure où les membres sont partagés entre l'annulation de la procédure et la rectification de la décision ; qu'ainsi, la présente décision leur permettra d'avoir la bonne compréhension ;

II. DISCUSSION

A. Sur la compétence,

considérant que la demande de retrait susvisée 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/PRES/PM/MINEFID 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^{er} 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 l'entreprise SO.SE.REF a saisi l'ORD à l'effet de voir retirer la décision rendue par l'ORD en sa séance du 13 janvier 2025, suite au recours de MAXIMUM PROTECTION contre les résultats provisoires de la demande de prix à commande n°2024-0040/MS/SG/DMP pour le gardiennage et la sécurité des locaux administratifs et techniques du Ministère de la Santé ;

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

B. 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 13 janvier 2025 ; que le délai pour introduire une demande de retrait et obtenir une décision auprès de l'ORD courait jusqu'au 03 février 2025 ; que l'entreprise SO.SE.REF a saisi l'ORD par lettre en date du 17 janvier 2025 ; 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 ;

C. Sur le fond,

considérant que l'ORD a rendu la décision n°2025-L0022/ARCOP/ORD du 13 janvier 2025 suite au recours de MAXIMUM PROTECTION ; que cette décision remet en cause l'attribution du marché au requérant, SO.SE.REF ;

considérant que le requérant a introduit sa demande de retrait contre cette décision en s'appuyant essentiellement sur les principes de respect du dossier comme seule base d'évaluation des offres et de l'égalité de traitement des soumissionnaires ; qu'il a souligné notamment que c'est en se soumettant aux charges prévues par le dossier que son offre s'est retrouvée être la plus élevée ; qu'il est largement revenu sur ses moyens ci-dessus exposés ;

considérant que la CAM a expliqué ses difficultés d'exécution de la 1^{ère} décision ; qu'elle a aussi été surprise par cette décision qui remet en cause ses résultats alors qu'elle a adopté la position de l'ORD ; qu'elle reste disposée à appliquer la décision à venir ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a noté que les dispositions de l'article 4 du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID et de l'arrêté n°2023-519/MEFP/CAB du 24 octobre 2023 portant adoption des spécifications techniques standard des prestations de gardiennage obligent les soumissionnaires à prendre en compte « notamment les impôts, droits et taxes applicables » dans la détermination des prix ;

considérant qu'en application de ces dispositions, le dossier a exigé de prendre en compte le salaire du personnel, la charge patronale, les impôts, droits et taxes, la CNSS, les droits d'enregistrement et de timbres ; qu'il a été également précisé que les prix sont réputés assurer au titulaire un bénéfice ; que conformément au principe selon lequel les offres sont évaluées sur la base du dossier, SOSEREF a régulièrement appliqué la disposition en intégrant les coûts suscités ; que ce faisant, il ne paraît pas régulier d'écarter son offre alors qu'elle est conforme au dossier et de valider les offres qui se sont écartées du dossier ;

qu'il s'en suit que la demande de retrait de SO.SE.REF est fondée ; qu'en effet, en prenant en compte les charges sociales au-delà du SMIG, le requérant n'a fait que suivre les prescriptions du dossier conformément aux textes en vigueur ; que son offre ne peut donc être sanctionnée ; que l'autorité contractante n'avait pas aussi connaissance du récent revirement « jurisprudentiel » de l'ORD sur la question ; que la décision du 13 janvier 2025 mérite d'être revue dans la mesure où elle remet en cause le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires ;

que statuant à nouveau, il convient de retirer partiellement la décision n°2025-L0022/ARCOP/ORD du 13 janvier 2025 ; que bien que la plainte soit fondée sur le principe du respect minimum du SMIG, il y a lieu de rectifier la décision en ordonnant l'annulation de la procédure pour une reprise dans le respect des règles d'équité et de concurrence ;

PAR CES MOTIFS

DECIDE :

- **qu'il est compétent ;**
- **que la demande de retrait de SO.SE.REF est recevable ;**

- **que la demande de retrait de SO.SE.REF est fondée ; qu'en effet, en prenant en compte les charges sociales au-delà du SMIG, le requérant n'a fait que suivre les prescriptions du dossier conformément aux textes en vigueur ; que la décision du 13 janvier 2025 mérite d'être revue car elle remet en cause le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires ;**
- **que statuant à nouveau, il convient de retirer partiellement la décision n°2025-L0022/ARCOP/ORD du 13 janvier 2025 ; que bien que la plainte soit fondée sur le principe du respect minimum du SMIG, il y a lieu de rectifier la décision en ordonnant l'annulation de la procédure pour une reprise dans le respect des règles d'équité et de concurrence ;**
- **-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 22 janvier 2025

Le Président de séance

Michel KAFANDO

Officier de l'Ordre de l'Etalon