
**ORGANE DE REGLEMENT
DES DIFFERENDS**

DECISION N°2024-L0112/ARCOP/ORD

Sur demande de retrait de TALENTS SERVICES (lot 06) et de SGTE Sarl (lot 07) de la décision rendue par l'ORD en sa séance du 21 février 2024, suite au recours du Groupement SOGETEC SA/SCTT Sarl contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°075/2023 pour les travaux d'électrification de trente-cinq (35) localités rurales.

**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/MENEFID du 01 février 2017 portant attribution, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique et ensemble ses modificatifs ;*
- Vu** *le 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 ;*
- Vu** *le décret n°2017-0051/PRES/PM/MENEFID du 01 février 2017 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage public déléguée ;*
- Sur** *recours par lettres en date du 16 février 2024 de TALENTS SERVICES (lot 06) et de SGTE Sarl (lot 07) de la décision rendue par l'ORD en sa séance du 21 février 2024 ;*

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

en présence de :

- Monsieur Abdouramane DIALLO, membre de l'ORD ;
- Madame K. Sylvie SEREME/TAPSOBA, 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 Ousséni NADINGA et Armand D. KERE, représentant TALENTS SERVICES ;
 - Monsieur Stéphane TOUGMA, représentant SGTE Sarl ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Nesson TRAORE et Amidou TRAORE, représentant la SONABEL ;

- au titre du bénéficiaire de la précédente décision, Mesdames Bibata SANA et Aïcha SANA, représentant SOGETEC SA ;

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 sus visée 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^{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 TALENTS SERVICES (lot 06) et SGTE Sarl (lot 07) ont saisi l'ORD à l'effet de voir retirer la décision rendue par l'ORD en sa séance du 21 février 2024 ;

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 21 février 2024 ; que le délai pour introduire une demande de retrait auprès de l'ORD courait jusqu'au jeudi 14 mars 2024 ; que TALENTS SERVICES (lot 06) et SGTE Sarl (lot 07) ont saisi l'ORD par lettre en date du 04 mars 2024 ; qu'il apparaît que la condition de délai susmentionnée a été respectée par le requérant ;

qu'en conséquence, elle est recevable et mérite d'être appréciée au fond ;

AU FOND :

sur les faits,

la Société Nationale Burkinabè d'Electricité (SONABEL) a initié l'appel d'offres ouvert n°075/2023 pour les travaux d'électrification de trente-cinq (35) localités rurales ;

les résultats avaient été publiés le 16 février 2024 ; la Commission d'attribution des marchés (CAM) avait déclaré l'offre du Groupement SOGETEC SA/SCTT Sarl non-conforme au motif que « l'entreprise SOGETEC SA est exclue de la commande publique jusqu'en 2026 par la décision n°2023-D0074/ARCOP/ORD du 27 juillet 2023, par conséquent l'offre du groupement est écartée pour la suite de l'analyse » ;

les requérants demandent le retrait de la décision ci-dessus citée ; ils exposent que :

pour TALENTS SERVICES (lot 06), le Groupement SOGETEC SA/SCTT a fait un recours devant l'ORD en contestation du fait qu'il soit écarté au motif que « l'entreprise SOGETEC SA est suspendue de la commande publique jusqu'en 2026 par la décision 2023-D0074/ARCOP/ORD du 27 juillet 2023, que par conséquent, l'offre du groupement est écartée pour la suite de l'analyse » ;

le requérant estime que cette décision ne doit pas prospérer car elle consacrerait le fait que les entreprises suspendues peuvent soumissionner impunément à la commande publique même si la date de fin de leur suspension n'est pas encore atteinte ; que même si l'entreprise a introduit un recours par devant les juridictions compétentes ; que dans sa décision n°2020-L0643/ARCOP/ORD du 05 octobre 2020 sur le fond, l'ORD décide que : « considérant que l'ORD après avoir écouté les parties et procédé aux vérifications nécessaires, note qu'il est constant que l'entreprise Global a été suspendue par décision n°2019-D0013/ARCOP/ORD du 26 juin 2019 ; que cette suspension de toute participation à la commande publique d'une durée d'un (01) an prenait fin le 26 juillet 2020 ; qu'il est également constant que le présent appel à concurrence a été publié dans le quotidien des marchés publics le mardi 25 août 2020 et la date de dépouillement le 03 septembre 2020 ; qu'à ces dates, l'entreprise GLOBAL avait purgé sa sanction de sorte que son offre ne saurait être écartée sur la base d'une telle suspension ; que par ailleurs, la séparation des offres ne renvoie pas à une séparation physique des offres ; que l'examen de son offre démontre que les propositions du requérant aux deux (02) lots sont distinctes et que c'est donc à tort que la CCAM a écarté son offre sur ces points » ; qu'il apparaît clairement que pour soumissionner, une entreprise suspendue doit avoir purgé sa sanction à la date de dépouillement des offres ; que or en l'espèce, la société SOGETEC SA était toujours sous le coup de la décision de suspension avant le prononcé dans la décision du juge décidant de la levée de ladite sanction ; que, dans sa décision n°2020-L0687/ARCOP/ORD du 20 octobre 2020, le requérant rappelait le bon sens en disant dans le fond et sur les faits « que par ailleurs, au titre du grief tiré de la suspension du groupement à participer à la procédure ci-dessus, la décision n°2020-D007/ARCOP/ORD du 17/07/2020 n'est pas rétroactive ;

qu'en effet, le dépouillement de la procédure ci-dessus s'est déroulé le 28 février 2020, soit quatre (04) mois avant le prononcé de la décision de l'ORD/ARCOP du 17 juillet 2020 siégeant en discipline ; qu'il aurait fallu que cette décision de sanction intervienne avant la procédure ; que par conséquent, son offre mérite d'être considérée » ; que l'ORD a décidé dans le cas d'espèce « que la plainte du Groupement V.I.M Sarl/ENCI est fondée parce que l'entreprise VIM Sarl n'étant pas exclue de la commande publique » ; que de ce qui précède, il y a lieu de prononcer le retrait de la décision querellée car elle sème le doute ;

que la société SOGETEC SA était suspendue depuis le 27 juillet 2023 et la fin de cette suspension courait jusqu'au 26 juillet 2026 ; que le dépouillement de l'appel d'offres ouvert n°075/2023 a eu lieu le 07 novembre 2023 ; qu'au moment du dépouillement, la suspension était toujours en vigueur car la décision du juge qui casse la décision de l'ORD est intervenue le 23 janvier 2024 ; qu'il est difficile, voire incompréhensible qu'une entreprise ose défier une décision de l'ORD au point de soumissionner à un appel d'offres pendant que la décision la suspendant est toujours en vigueur ; qu'aucun motif ne saurait expliquer une telle attitude ; qu'une telle jurisprudence ne doit pas être maintenue ; qu'elle créerait un précédent dangereux en ce qu'elle affaiblirait l'autorité de l'ORD de façon générale et notamment pour ce qui va concerner les décisions de sanction, dont les suspensions ; qu'en effet, l'article 2 du décret n°2017-0050/PRES/PM/MENEFID du 01 février 2017 portant attribution, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique dispose que « en matière de discipline et de règlement non juridictionnel des différends, l'Autorité de régulation de la commande publique est chargée de :

— prononcer, sur dénonciation ou plainte, les sanctions prévues à l'encontre des candidats, des soumissionnaires, des attributaires, des titulaires et des partenaires privés, auteurs de violation de la réglementation des marchés publics, des délégations de service public et des partenariats public-privé et de tenir leur liste ;... » ; que son article 39 dispose à son alinéa 2 que : « L'Autorité de régulation de la commande publique est chargée de prendre des mesures nécessaires pour s'assurer de l'application effective des décisions et des sanctions prononcées par l'Organe de règlement des différends. » ;

S'agissant du recours de SGTE Sarl (lot 07), en rappel, le Groupement SOGETEC SA/SCTT SARL a contesté et obtenu l'infirmité des résultats provisoires en soutenant qu'il a été écarté de tous les lots au motif que la société SOGETEC SA, un membre du groupement a été exclu de la commande publique par décision n°2023-D0074/ARCOP/ORD du 27 juillet 2023, alors que ladite décision a fait l'objet d'une suspension ordonnée par le Président du Tribunal administratif le 23 janvier 2024 ; que cependant, il est manifeste que l'ORD a été trompé et la demande de retrait mérite d'être déclarée bien fondée ; qu'en effet, selon la loi et la jurisprudence constante de l'ORD, toute décision de l'ORD, en tant qu'acte administratif peut être retirée lorsqu'il est porté à la connaissance de la formation qui a rendu la décision, des éléments nouveaux ou lorsqu'il est invoqué des moyens sérieusement graves, qui, s'ils étaient connus de l'ORD au moment de la prise de décision auraient pu influencer la décision ; qu'en l'espèce, il est constant que tous les faits n'ont pas été portés à la connaissance de l'ORD sur la portée de l'ordonnance de suspension ; qu'en effet, la suspension de l'exécution de la décision intervenue le 27 janvier 2024 ne peut avoir d'effet que pour l'avenir ; qu'en rappel, les dossiers de soumission ont été réceptionnés le 07 novembre 2023 ; que le recours introduit devant le tribunal administratif est un recours non suspensif ; que l'ordonnance de suspension prononcée le 23/01/2024, ne peut avoir un effet rétroactif ; que or tous les actes et procédures sont intervenus plus de 75 jours après la réception, l'examen des offres par la sous-commission et la décision d'écartier les offres du Groupement ;

que cette décision se fonde à bon droit sur des éléments spécifiés dans le dossier d'appel d'offres 075/2023 à la page 4, article 4-2 portant sur les conditions à remplir pour prendre part aux marchés qui stipule que : ne sont pas admises à concourir, les personnes physiques et morales qui auront été exclues des procédures de passation de marchés publics par décision de justice définitive en matière fiscale, ou sociale ou par une décision de l'autorité de régulation de la commande publique ; 4.4, qu'un soumissionnaire faisant l'objet d'une déclaration d'exclusion prononcée par l'autorité compétente ou le bailleur de fond en cas de financement extérieur conformément à l'article 3.1 ci-dessus, à la date limite de réception des offres ou ultérieurement, est disqualifié ; que la liste des fournisseurs ainsi sanctionnés est indiquée à l'adresse électronique mentionnée dans les DPAO ;

qu'au regard de ces dispositions, il est manifeste que le groupement ne pouvait pas soumissionner au regard de la sanction de SOGETEC SA qui produisait ses effets ; qu'ensuite, il est de principe que l'Administration bénéficie du « privilège du préalable » qui lui permet de pouvoir imposer sa décision à ses administrés, sans l'accord préalable de ces derniers ou du juge ; que ses décisions sont donc immédiatement exécutoires ; qu'ainsi, au moment de l'examen des offres par la CAM, la décision de sanction de la société SOGETEC SA était exécutoire et faisait obstacle à ce que l'offre du groupement soit recevable, même si au moment où il déposait sa plainte, la sanction était suspendue ; que la recevabilité de l'offre ne s'apprécie pas au moment de la plainte mais au moment du dépôt de l'offre ; qu'il y a donc une grave confusion qui a été entretenue par le plaignant pour amener l'ORD à rendre la décision en cause ; qu'il estime que la société SOGETEC était sous sanction et devrait s'abstenir de défier la décision de l'autorité en participant à l'appel d'offres ; que cela peut être perçu comme une infraction à la loi, à une tentative de fraude ;

que l'exclusion de l'entreprise est justifiée au regard de l'article 4.2 car étant à la date de réception des offres (le 07/11/2023) frappée de la sanction d'exclusion de la commande publique ; qu'il pense également que l'entreprise devrait répondre de cette défiance de l'autorité qui ressemble plus à une tentative, une subtilité irrégulière, de passage en force ou de fraude ; qu'au regard de ce qui précède, il paraît évident que la décision est entachée d'une illégalité manifeste et que si l'ORD avait eu connaissance de tous ces faits dans leur exhaustivité et avait pris la pleine mesure de la portée de l'ordonnance de suspension rendue le 23 janvier 2024, il n'aurait pas rendu la décision sur ce fondement et aurait suivi la CAM dans sa décision et confirmé les résultats provisoires ; que la présente requête est donc fondée et la décision n°2024-L0085/ARCOP/ORD du 21 février 2024 mérite d'être retirée avec toutes les conséquences de droit ;

qu'en conséquence, ils sollicitent de l'ORD le retrait de cette décision ;

sur la discussion,

considérant que le requérant demande le retrait de la décision n°2024-L0085/ARCOP/ORD du 21/02/2024 ; qu'en substance, il ressort de cette décision sus visée que : « que la plainte du Groupement SOGETEC SA/SCTT Sarl est fondée ; la décision N°2023-D0074/ARCOP/ORD du 27 juillet 2023 a effectivement été suspendue par l'ordonnance N°002-1/2024 du 23 janvier 2024 rendue par la juridiction présidentielle du tribunal administratif ;

que par conséquent son offre doit être considérée pour la suite de l'analyse » ; qu'ainsi, l'ORD a infirmé les résultats provisoires ;

considérant que les requérants ont rappelé leurs moyens et prétentions ci-dessus exposés ; qu'ils estiment en substance que la suspension de l'exclusion de la commande publique de SOGETEC SA ne peut produire ses effets que pour l'avenir ; qu'ainsi, pour les procédures d'appel d'offres auxquelles la société a participé avant cette suspension du juge administratif, sa participation est irrégulière et son offre doit être écartée pour sanction du régulateur ;

considérant que la CAM n'a pas fait d'observation particulière en rappelant que sa décision se fonde sur des procédures antérieures devant l'ORD ; que ces décisions ont demandé de rejeter l'offre du groupement SOGETEC SA/SCTT pour cause d'exclusion de la commande publique ;

considérant que les représentants du groupement SOGETEC SA/SCTT ont tenté de contester la pertinence des arguments des demandeurs au retrait ; qu'au fond, la décision excluant SOGETEC SA de la commande publique a été prise à son insu et en violation de ses droits élémentaires ; que c'est pourquoi, le juge administratif l'a suspendue sans difficulté en attendant son annulation prochaine ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a jugé que, si l'ordonnance du Président du Tribunal administratif a effectivement suspendu la sanction de SOGETEC SA, il reste que cette décision ne peut lui être utile pour les procédures auxquelles elle a irrégulièrement participé avant son intervention ; qu'en l'espèce, au moment où son groupement participait au présent appel d'offres de la SONABEL (07 novembre 2023), elle figurait sur la liste des entreprises exclues de la commande publique de l'ARCOP (décision du 27 juillet 2023) et ne pouvait donc prétendre à aucune procédure de marchés publics ;

qu'en conséquence, il y a lieu de dire que les demandes de retrait de TALENTS SERVICES (lot 06) et de SGTE Sarl (lot 07) sont fondées ; qu'en effet, l'ordonnance n°002-1/2024 du 23 janvier 2023 suspendant la décision disciplinaire contre SOGETEC SA ne peut produire d'effet qu'à compter de la date de l'ordonnance du juge administratif ; qu'il convient donc de retirer la décision n°2024-L0085/ARCOP/ORD du 21 février 2024 qui a omis cet élément dans l'appréciation de l'affaire ;

que statuant à nouveau, la plainte du groupement SOGETEC SA/SCTT SARL n'est pas fondée au regard de la date d'effet de l'ordonnance du juge administratif ; qu'au jour du lancement de l'appel d'offres, SOGETEC SA n'était pas admise à participer à la commande publique ;

qu'au regard de ce qui précède, il convient de confirmer les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°075/2023 pour les travaux d'électrification de trente-cinq (35) localités rurales ;

par ces motifs ;

DECIDE :

- **qu'il est compétent ;**
- **que les demandes de retrait de TALENTS SERVICES (lot 06) et de SGTE Sarl (lot 07) sont recevables ;**
- **que l'appel d'offres sus visé reste soumis aux dispositions du décret n°2017-0050/PRES/PM/MENEFID du 01 février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;**
- **que les demandes de retrait de TALENTS SERVICES (lot 06) et de SGTE Sarl (lot 07) sont fondées ; qu'en conséquence, il y a lieu de retirer la décision n°2024-L0085/ARCOP/ORD du 21 février 2024 ;**
- **que statuant à nouveau, la plainte du groupement SOGETEC SA/SCTT SARL n'est pas fondée au regard de la date d'effet de l'ordonnance du juge administratif ; qu'au jour du lancement de l'appel d'offres, SOGETEC SA n'était pas admise à participer à la commande publique ;**
- **de confirmer en définitive les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°075/2023 pour les travaux d'électrification de trente-cinq (35) localités rurales (lots 06 et 07) ;**
- **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 06 mars 2024

Le Président de séance

Michel KAFANDO

Officier de l'Ordre de l'Etalon