



AFFAIRE N°2022-052/ARMP/SA/0161-2022

AUTO-SAISINE AUTORITE DE
REGULATION DES MARCHÉS PUBLICS
(ARMP)

CONTRE

COMMUNE DE COTONOU

- 1- DECLARANT FONDEES LES PRESOMPTIONS D'IRREGULARITES AYANT ENTACHE LE PRELEVEMENT DES PENALITES DE RETARD DANS LE CADRE DE L'EXECUTION DU CONTRAT N°24228/2019/MCOT/PRMP/DC/SP-PRMP DU 08 AOUT 2019 RELATIF AUX TRAVAUX DE CONSTRUCTION OU DE REFECTION DES ECOLES PRIMAIRES ET MATERNELLES SUR FADEC NON AFFECTE, LOT 1 ;
- 2- DEMANDANT A L'ETABLISSEMENT « CIVERT » DE SE POURVOIR AUTREMENT

LE CONSEIL DE REGULATION STATUANT EN MATIERE DISCIPLINAIRE,

- Vu la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin ;
- Vu le décret n°2020-595 du 23 décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) ;
- Vu le décret n°2020-596 du 23 décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Personne Responsable des Marchés Publics et de la Commission d'Ouverture et d'Evaluation ;
- Vu le décret n°2020-597 du 23 décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement des Cellules de contrôle des marchés publics en République du Bénin ;
- Vu le décret n°2021-230 du 12 mai 2021 portant nomination du Président de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics ;
- Vu le décret n°2021-228 du 12 mai 2021 portant nomination des membres du Conseil de Régulation de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics ;
- Vu le décret n°2022-144 du 23 février 2022 portant nomination du Secrétaire Permanent de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics ;
- Vu la lettre sans numéro en date du 1^{er} février 2022, enregistrée au Secrétariat administratif de l'ARMP à la même date sous le numéro 0161-2022, par laquelle le Directeur de l'Etablissement « CIVERTT » a sollicité de l'ARMP, une demande de remise de pénalités dans le cadre du marché n°24228/2019/MCOT/PRMP/DC/SP-PRMP du 08 août 2019 relatif aux travaux de construction ou de réfection des écoles primaires et maternelles sur FADEC non affecté, lot 1 ;

Ensemble les pièces du dossier,

Les membres du Conseil de Régulation des Marchés Publics que sont : monsieur Séraphin AGBAHOUNGBATA, Président ; madame Carmen Sinani Oredolla GABA, Vice-Présidente ; madame Francine AÏSSI HOUANGNI, messieurs Gilbert Ulrich TOGBONON et Derrick BODJRENOU membres, réunis en session ordinaire le jeudi 05 mai 2022 ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

I- LES FAITS

Par lettre sans numéro en date du 1^{er} février 2022, enregistrée au Secrétariat administratif de l'ARMP à la même date sous le numéro 0161-2022, le Promoteur de l'Etablissement « CIVERT » a saisi l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) d'une demande de restitution de pénalités dans le cadre de l'exécution du contrat n°24228/2019/MCOT/ PRMP/DC/SP-PRMP du 08 août 2019 relatif aux travaux de construction ou de réfection des écoles primaires et maternelles sur FADeC non affecté, lot 1.

En effet, dans le cadre de l'exécution du marché suscité, la Commune de Cotonou a retenu, au titre de pénalités de retard, une somme de trois millions quatre cent vingt-huit mille quatre cent soixante (3.428.460) francs CFA sur le montant dû au prestataire.

Estimant n'avoir reçu aucune mise en demeure jusqu'à l'achèvement des travaux, le Promoteur de l'Etablissement « CIVERT » remet en cause le prélèvement desdites pénalités de retard qui n'est légal que s'il y a une mise en demeure préalable.

Sur la base de ces informations, l'ARMP a décidé de s'autosaisir pour vérifier la régularité des pénalités appliquées à la requérante.

II- SUR LA COMPÉTENCE DE L'ARMP EN MATIÈRE DISCIPLINAIRE ET LA RÉGULARITÉ DE L'AUTO-SAISINE

Considérant les dispositions de l'article 128 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 susvisée, selon lesquelles : « *Sans préjudice des sanctions pénales auxquelles ils s'exposent, les représentants et membres des autorités contractantes, les autorités chargées du contrôle et de la régulation des marchés publics et de l'administration, ainsi que tout agent de l'administration intervenant, à quelque titre que ce soit, dans la chaîne de passation des marchés publics, convaincus d'atteinte à la réglementation des marchés publics, de corruption, de toute infraction connexe et de toute autre infraction sanctionnée par la présente loi, encourent la suspension ou la radiation de la structure à laquelle ils appartiennent et/ou de la fonction publique, par décision motivée de leur autorité hiérarchique. Cette dernière doit être saisie par l'Autorité de régulation des marchés publics. L'Autorité de régulation des marchés publics doit également saisir toute juridiction financière ou judiciaire, compétente des violations de la réglementation visée au présent article* » ;

Considérant les dispositions de l'article 2 point 11 du décret n°2020-595 du 23 décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics selon lesquelles, cette dernière est compétente pour « *initier, sur la base d'une demande ou d'une information émanant de toute personne intéressée, à tout moment, toute investigation relative à des irrégularités ou des violations de la réglementation nationale ou communautaire commises en matière de la commande publique* » ;

Que le même article en son point 13 dispose que l'ARMP est compétente pour « *prononcer, (...) les sanctions pécuniaires et/ou d'exclusion prévues par les dispositions du code des marchés publics* » ;

Qu'il s'ensuit que l'organe de régulation est compétent pour sanctionner toutes les irrégularités constatées ;

Considérant par ailleurs les dispositions de l'article 117 alinéa 7 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin selon lesquelles : « Sur le fondement des informations recueillies dans l'exercice de ses missions ou toutes informations communiquées par l'autorité contractante, les candidats, les soumissionnaires ou les tiers, l'Autorité de Régulation des Marchés Publics peut s'autosaisir à la demande de son Président ou du tiers de ses membres et statuer dans un délai de sept (07) jours ouvrables sur les irrégularités, fautes ou infractions constatées à compter de la date de l'auto-saisine » ;

Que cette auto-saisine de l'ARMP en matière disciplinaire a été décidée par tous les membres du Conseil de Régulation ;

Qu'ainsi la présente auto-saine de l'ARMP en matière disciplinaire est régulière.

III- DISCUSSION

A- MOYENS DU PROMOTEUR DE L'ETABLISSEMENT « CIVERT »

Pour contester les pénalités d'un montant de trois millions quatre cent vingt-huit mille quatre cent soixante (3.428.460) francs CFA prélevées par la Commune de Cotonou lors du paiement de ses prestations à l'issue de l'exécution des travaux de construction ou de réfection des écoles primaires et maternelles sur FADeC non affecté (lot 1), le Promoteur de l'Etablissement « CIVERT » soutient ce qui suit :

- « l'établissement « CIVERT » n'a reçu aucune mise en demeure préalable jusqu'à l'achèvement des travaux ;
- l'établissement « CIVERT » n'a pas respecté le délai d'exécution des travaux, l'établissement « CIVERT » a accusé un retard de 90 jours ;
- les raisons du retard sont liées à la pandémie de la COVID-19 et l'occupation momentanée des modules de salles de classes pour les examens blancs ».

B- MOYENS DE LA PERSONNE RESPONSABLE DES MARCHES PUBLICS DE LA COMMUNE DE COTONOU

Pour soutenir le prélèvement de la pénalité de retard, la PRMP de la commune de Cotonou développe les arguments suivants :

« L'établissement « CIVERT » est attributaire du marché n°24228/2019/MCOT/PRMP/DC/SP-PRMP du 08 août 2019 relatif aux travaux de construction ou de réfection des écoles primaires et maternelles sur FADeC non affecté (lot 1), pour un montant TTC de soixante-seize millions trois cent trente et un mille sept cent cinquante-huit (76 331 758) FCFA. Conformément aux dispositions de l'article 4 du contrat : « le délai d'exécution des travaux objet du présent marché est de quatre (04) mois à compter de la date mentionnée sur l'ordre de service à commencer les travaux La lettre de notification définitive et l'ordre de commencer les travaux (PJ 1) a été notifiée à l'établissement « CIVERT » le 25 octobre 2019 et le procès-verbal de remise de site (PJ 2) dans lequel figure la décharge de l'attributaire

l'invite à « prendre toutes les dispositions pour démarrer les travaux au plus tard le 11 novembre 2019 ». Notons à ce niveau que l'administration s'est refusée de pénaliser l'attributaire pour la période allant du 25 octobre 2019, date de la notification définitive et de l'ordre de commencer, au 11 novembre 2019 qui ne lui est pas imputable.

Cependant, face au retard observé dans l'exécution du marché dont l'exécution devrait arriver à expiration le 11 mars 2020, et conformément à l'article 117 alinéa 1^{er} de la loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin, qui dispose « En cas de dépassement des délais contractuels fixés par le marché, le titulaire du marché est passible de pénalités après mise en demeure préalable... », l'administration communale a adressé plusieurs lettres de rappel à l'établissement « CIVERT ». La dernière en date est celle du 23 avril 2020 qui indique que la PRMP engagera les procédures nécessaires pour la suite appropriée à donner au contrat.

C'est donc à juste titre que cent six (106) jours de retard (PJ 3) ont été calculés et prélevés à l'attributaire au moment du paiement de sa facture. Il est surprenant que le 29 décembre 2021 (PJ 4), l'établissement « CIVERT » demande le remboursement de la pénalité défalquée au motif qu'aucune lettre de mise en demeure ne lui a été adressée jusqu'à l'achèvement des travaux.

Or, l'administration communale, par le biais de la Direction des Services Techniques de la Commune de Cotonou a rappelé (PJ 5) au prestataire que le délai d'exécution des travaux est arrivé à expiration depuis le 11 mars 2020. Cette lettre de rappel émanant de l'administration communale tient lieu de mise en demeure car elle indique clairement que le délai d'exécution est arrivé à terme.

Par ailleurs, l'établissement « CIVERT » a été consentante au moment du paiement sur le prélèvement des pénalités de retard. Ce revirement de l'attributaire du marché est lié au procès-verbal de conciliation n°2021-007/ARMP/CR/CRD/SP/DRAJ/PC du 19 août 2021 de l'ARMP, relative au dossier NEC 3 JEAN 2 à travers lequel aucune pénalité n'a été prélevée au prestataire, faute de mise en demeure.

Toutefois, il faut rappeler que le marché est exécuté sur fonds FADeC, qu'il a fait l'objet d'un audit et est déjà clôturé. Par conséquent, il n'y a plus de disponibilité sur cette ligne budgétaire. Aussi, une décision allant dans le sens de remboursement des pénalités ferait-elle cas de jurisprudence pour tous les autres prestataires qui sont dans la même situation que l'établissement « CIVERT ». Or, il n'y a plus de provision de comptes ».

Lors de son audition le 10 mars 2022, la PRMP de la commune de Cotonou en répondant aux questions posées par l'ARMP, a ajouté ce qui suit :

- *Le montant des pénalités retenues est de trois millions quatre cent vingt-huit mille quatre cent soixante (4 428 460) F CFA ;*
- *La réception définitive de ce marché a lieu le 25 janvier 2022 ;*
- *La restitution de la retenue de garantie a été faite en février 2022 ».*

IV- CONSTATS ISSUS DE L'INSTRUCTION

De l'instruction de l'auto saisine, trois (3) constats se dégagent :

Constat n°1 : Le délai d'exécution des travaux est de cent vingt (120) jours à compter de la remise de site. Ce délai est passé à 226 jours soit quasiment le double de ce qui est contractuellement prévu, la réception provisoire étant intervenue le 12 août 2020 ;

Constat n°2 : Les motifs évoqués par l'établissement « CIVERT » pour justifier le retard de 106 jours dans l'exécution de ce marché sont relatifs aux empêchements résultant de la pandémie de la COVID-19 ;

Constat n°3 : La lettre des services techniques de la Mairie de Cotonou en date du 23 avril 2020 a été évoquée par la PRMP comme « une mise en demeure » dans son mémoire.

V- OBJET ET ANALYSE DE L'AUTO-SAISINE

Des faits, des moyens des parties et des constats issus de l'instruction, il ressort que l'auto saisine porte sur la régularité de la retenue des pénalités de retard appliquées à l'établissement « CIVERT ».

Sur la régularité de la retenue des pénalités de retard appliquées à l'établissement « CIVERT »

Considérant les dispositions de l'article 113 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin selon lesquelles : « *En cas de dépassement des délais contractuels fixés par le marché, le titulaire du marché est passible de pénalités après mise en demeure préalable. Ces pénalités ne peuvent excéder un certain montant fixé dans le cahier des clauses administratives générales pour chaque nature de marché et précisé dans le cahier des clauses administratives particulières. Lorsque le montant visé à l'alinéa précédent est dépassé, la personne responsable des marchés publics peut le résilier. La remise totale ou partielle des pénalités peut être prononcée par l'autorité hiérarchique de la Personne responsable des marchés publics, après avis de l'Autorité de régulation des marchés publics. Les empêchements résultant de cas de force majeure exonèrent le titulaire des pénalités de retard qui pourraient en résulter* » ;

Que lesdites dispositions exigent, avant tout calcul de pénalité de retard, que la PRMP mette préalablement en demeure le titulaire du marché et qu'elle ne commence par compter ou calculer lesdites pénalités qu'après huit (08) jours à partir de la date effective de la mise en demeure du titulaire du marché en cas de dépassement du délai d'exécution pour lequel il s'est engagé dans le contrat ;

Que la mise en demeure est donc la condition préalable pour mettre en œuvre le principe de retenue de pénalités, en cas de dépassement des délais contractuels ;

Considérant qu'en l'espèce, la PRMP de la commune de Cotonou déclare qu'une lettre de rappel émanant des services techniques de la commune « tient lieu de mise en demeure car elle indique clairement que le délai d'exécution est arrivé à terme » ; que ladite lettre est ainsi libellée :

« Dans le cadre du contrat de marché cité en référence, votre entreprise qui est adjudicataire des travaux de construction des écoles primaires et maternelles dans la ville de Cotonou, lot1 (EPP AVOTROU, EPP SURU-LERE, EPP SENADE 2) a eu la remise de site le 08 novembre 2019. Jusqu'à ce jour, les travaux ne sont pas encore achevés malgré les différentes lettres de rappel. La durée des travaux étant de quatre (4) mois, le délai d'exécution est donc arrivé à expiration depuis le 11 mars 2020.

En conséquence, je suis au regret de vous informer que la Personne responsable des marchés publics (PRMP) de la mairie de Cotonou engagera les procédures pour la suite appropriée à donner au contrat.

Cette lettre tient lieu également de la saisine de la PRMP ».

Qu'il ressort de l'analyse de ce courrier, les éléments ci-après :

- le délai d'exécution expirant le 11 mars 2020, un jour (1) jour après cette date, la PRMP de la commune de Cotonou devrait envoyer une mise en demeure au titulaire du marché pour lui rappeler que les pénalités lui seront appliquées à partir du 20 mars 2020, ce qui n'a pas été le cas ;
- la mise en demeure devrait être formellement notifiée par la PRMP de la commune de Cotonou ;

Que pour être valable, la lettre de mise en demeure doit être claire et précise ;

Qu'à l'analyse, cette lettre de rappel ne peut se substituer à une mise en demeure car celle-ci ne porte expressément ni en objet ni dans son contenu « mise en demeure » ;

Qu'il apparaît donc irrégulier d'appliquer les pénalités de retard à l'établissement « CIVERT » dans ces conditions malgré que cette dernière n'a pas respecté le délai contractuel ;

Que ce manquement inhérent à la gestion dudit contrat, est imputable au maire de la commune de Cotonou, es-qualité Personne responsable des marchés publics au moment des faits ;

Considérant toutefois que la requérante reconnaît avoir accusé de retard dans l'exécution du marché et qu'elle avait été consentante lors du prélèvement de ces pénalités depuis le 31 décembre 2020 ;

Que cette dernière a gardé le silence sur ce prélèvement depuis plus d'un (1) an, sans aucune initiative de réclamation desdites pénalités irrégulièrement prélevées ;

Considérant qu'il a été relevé que le marché, objet du différend a été exécuté sur fonds FADeC et a déjà fait l'objet d'un audit ; qu'il a été déjà clôturé avec pour conséquence l'inexistence de disponibilité sur cette ligne budgétaire, conformément aux arguments de la PRMP de la commune de Cotonou ;

Qu'il convient de souligner qu'aucun délai spécifique n'ayant été expressément prévu dans le contrat et les textes régissant les marchés publics pour une telle réclamation, c'est le délai de droit commun de recours qui s'applique et ce, devant la juridiction compétente ;

Qu'ainsi, bien que la PRMP de la commune de Cotonou n'ait pas respecté le formalisme requis avant l'application des pénalités de retard, la réclamation de l'établissement « CIVERT » ne peut prospérer devant l'ARMP qui n'est pas compétente en matière de règlement des litiges et différends nés au cours de l'exécution des marchés si ce n'est que pour les conciliations des parties au contrat.


PAR CES MOTIFS,

DECIDE :

Article 1^{er} : Les présomptions d'irrégularités objet de l'auto-saisine de l'ARMP relative au prélèvement des pénalités de retard à l'établissement « CIVERT » dans le cadre des travaux de construction ou de réfection des écoles primaires et maternelles sur FADeC non affecté (lot 1), sont fondées.

Article 2 : L'établissement « CIVERT » est invitée à se pourvoir autrement.

Article 3 : La présente décision sera notifiée :

- au Promoteur de l'Etablissement « CIVERT » ; 

- à la Personne Responsable des Marchés Publics de la Commune de Cotonou ;
- au Chef de la Cellule de Contrôle des Marchés Publics de la Commune de Cotonou ;
- au Secrétaire Exécutif de la Commune de Cotonou ;
- au Maire de la Commune de Cotonou ;
- au Directeur National de Contrôle des Marchés Publics.

Article 4 : La présente décision sera publiée sur le site web de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics et dans le SIGMaP.



Séraphin AGBAHOUNGBATA
(Président du CR)



Carmen Sinani Oredolla GABA
(Vice-Présidente du CR)



Gilbert Ulrich TOGBONON
(Membre du CR)



Derrick BODJRENOU
(Membre du CR)



Francine AÏSSI HOUANGNI
(Membre du CR)



Ludovic GUEDJE
Secrétaire Permanent de l'ARMP
(Rapporteur du CR)