DECISION N° 2022-054/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA DU 10 MAI 2022

COMMISSION DE REGLEMENT DES DIFFERENDS (CRD)

AFFAIRE N° 2022-054/ARMP/SA/0621-22

ETABLISSEMENT « COMPTOIR ENAMBASSI DAGBENAGNI ET FILS » (CEDAF)

CONTRE

AGENCE D'EXECUTION DES TRAVAUX URBAINS (AGETUR)

1- DECLARANT RECEVABLE ET FONDE LE RECOURS DE L'ETABLISSEMENT « COMPTOIR ENAMBASSI DAGBENAGNI ET FILS » CONTRE L'AGENCE D'EXECUTION DES TRAVAUX URBAINS (AGETUR) DANS LE CADRE DU MARCHE N°005/2022/FIDA-OPEP/MAEP/PADAAM/AGETUR DU 31 MARS 2022 RELATIF AUX TRAVAUX D'AMENAGEMENT DE 600,25 HECTARES DE BAS-FONDS RIZICOLES DANS LE CADRE DU PADAAM

2- ORDONNANT LA POURSUITE DE LA PROCEDURE SUSMENTIONNEE AVEC LA PRISE EN COMPTE DES OBSERVATIONS FORMULEES PAR L'ETABLISSEMENT « COMPTOIR ENAMBASSI DAGBENAGNI ET FILS »

LA COMMISSION DE REGLEMENT DES DIFFERENDS, STATUANT EN MATIERE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS,

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 N°16/2022/CEDAF/CC/DUP/CII/RAJ/DG du 13 avril 2022, enregistrée au secrétariat administratif de l'ARMP sous le numéro 0621-22 le 14 avril 2022 portant recours de l'établissement « COMPTOIR ENAMBASSI DAGBENAGNI ET FILS » (CEDAF) ;

Vu le courrier de l'ARMP demandant des informations à l'Agence d'Exécution des Travaux Urbains (AGETUR) et le bordereau de transmission desdites informations à l'ARMP ;

Ensemble les pièces du dossier,

Les membres de la Commission de Règlement des Différends que sont : monsieur Séraphin AGBAHOUNGBATA, Président ; messieurs Gilbert Ulrich TOGBONON et Derrick BODJRENOU,

membres ; ainsi que les membres de la Commission Disciplinaire : mesdames Carmen Sinani Oredolla GABA et Francine AÏSSI HOUANGNI, réunis en session, le 10 mai 2022 ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

I- LES FAITS

L'Agence d'Exécution des Travaux Urbains a lancé le 31 mars 2022, l'avis d'appel d'offres n°005/2022/ FIDA-OPEP/MAEP/PADAAM/AGETUR relatif aux travaux d'aménagement de 600,25 hectares de bas-fonds rizicoles dans le cadre du PADAAM. Cet avis d'appel d'offres contient selon l'établissement « COMPTOIR ENAMBASSI DAGBENAGNI ET FILS (CEDAF) » certains critères discriminatoires qui ont donné lieu à la formulation d'un recours préalable devant ladite Agence.

N'ayant reçu aucune réponse de l'AGETUR jusqu'à l'épuisement du délai de trois (3) jours ouvrables après son recours gracieux, l'établissement « COMPTOIR ENAMBASSI DAGBENAGNI ET FILS (CEDAF) », a saisi l'ARMP le 14 avril 2022 pour dit-il : « *solliciter des instructions en vue de faire corriger le critère de l'avis d'appel d'offres contesté et permettre sa participation à cette concurrence* ».

II- SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS DE L'ETABLISSEMENT « COMPTOIR ENAMBASSI DAGBENAGNI ET FILS (CEDAF) »

Considérant les dispositions de l'article 116 alinéa 1er de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 sus rappelée selon lesquelles : « *Les candidats et soumissionnaires peuvent introduire un recours devant la Personne responsable des marchés publics ou son supérieur hiérarchique dans le cadre des procédures de passation des marchés à l'encontre des actes et décisions de cette dernière leur créant un préjudice* » ;

Que l'alinéa 5 de ce même article dispose : « *Le recours doit être exercé dans les cinq (5) jours ouvrables de la publication et/ou notification de la décision d'attribution du marché ou dans les dix (10) jours ouvrables précédant la date prévue pour le dépôt de la candidature ou de la soumission. Il a pour effet de suspendre la procédure d'attribution jusqu'à la décision définitive de la personne responsable des marchés publics ou de son supérieur hiérarchique* » ;

Qu'au sens de l'article 117 de cette même loi, le requérant non satisfait de la décision rendue suite à son recours gracieux ou hiérarchique, dispose d'un délai de deux (2) jours ouvrables pour compter de la décision faisant grief ainsi rendue pour exercer un recours devant l'ARMP et qu'il peut exercer le même recours en l'absence de décision rendue par l'autorité contractante ou son supérieur hiérarchique, après l'expiration d'un délai de trois (3) jours ouvrables à compter de sa saisine ;

Qu'il résulte des dispositions ci-dessus citées que :

- le recours préalable devant la Personne responsable des marchés publics ou son supérieur hiérarchique constitue une condition substantielle de recevabilité de recours devant l'ARMP ;
- l'exercice du recours préalable devant la Personne responsable des marchés publics ou son supérieur hiérarchique et de celui devant l'ARMP, sont enfermés dans des délais dont l'inobservance est sanctionnée par l'irrecevabilité de la requête ;

Considérant que dans le cas d'espèce, l'avis d'appel d'offres n°005/2022/FIDA-OPEP/MAEP/PADAAM/ AGETUR du 31 mars 2022 relatif aux travaux d'aménagement de 600,25 hectares de bas-fonds rizicoles dans le cadre du PADAAM a été lancé le jeudi 31 mars 2022 ;

Que l'établissement « COMPTOIR ENAMBASSI DAGBENAGNI ET FILS (CEDAF) » a formulé son recours gracieux à la PRMP de l'AGETUR, le jeudi 07 avril 2022 ;

Que n'ayant pas eu de réponse après l'épuisement du délai de trois (3) jours ouvrables imparti à la PRMP de l'AGETUR, l'établissement « COMPTOIR ENAMBASSI DAGBENAGNI ET FILS (CEDAF) » a saisi l'ARMP d'un recours le jeudi 14 avril 2022, soit dans les deux (2) jours ouvrables suivants ;

Qu'au regard de ce qui précède, le recours de l'établissement « COMPTOIR ENAMBASSI DAGBENAGNI ET FILS (CEDAF) » a été exercé dans les conditions de forme et de délai requises pour être recevable ;

Qu'il y a lieu de déclarer ledit recours recevable et de l'examiner quant au fond.

III- DISCUSSION

A- MOYENS DE L'ETABLISSEMENT « COMPTOIR ENAMBASSI DAGBENAGNI ET FILS (CEDAF) »

A l'appui de ses moyens, le Promoteur de l'établissement « COMPTOIR ENAMBASSI DAGBENAGNI ET FILS (CEDAF) » expose les faits suivants :

- *« au point 4 relatif aux exigences en matière de qualification précisément au niveau des exigences d'ordre financier, il est stipulé que « les entreprises naissantes et celles qui n'ont pas encore trois (03) années d'existence doivent avoir un chiffre d'affaires annuel moyen (bilan certifié par les impôts) au cours de leurs années d'existence égal à au moins une fois le montant corrigé de leur offre » ;*
- *l'établissement « COMPTOIR ENAMBASSI DAGBENAGNI ET FILS » est une entreprise naissante qui n'a pas trois (03) années d'existence et n'a pas encore réalisé un chiffre d'affaire annuel moyen égal à au moins une fois le montant corrigé de son offre ;*
- *de ce fait, ce critère spécifié dans le DAO vise selon lui à l'empêcher de concourir à ce marché. Il ajoute qu'une « telle marginalisation ne saurait répondre au principe d'équité et d'égalité de tous à concourir pour la chose publique ».*

B- MOYENS DE LA DIRECTION GENERALE DE L'AGENCE D'EXECUTION DES TRAVAUX URBAINS (AGETUR)

En réponse à la requête du Promoteur de l'établissement « COMPTOIR ENAMBASSI DAGBENAGNI ET FILS (CEDAF) », le Directeur Général Adjoint de l'AGETUR expose les faits suivants :

- *« il y a eu publication du DAO le 31 mars 2022 et le dépôt des offres est prévu pour le 04 mai 2022 ;*
- *le recours de l'établissement « CEDAF » a été reçu le 08 avril 2022 ;*
- *le projet additif prenant en compte les observations du CEDAF a été transmis au ProCar le 14 avril 2022 ;*

- *l'avis du ProCar sur ledit projet avec les observations à prendre en compte a été reçu le 20 avril 2022 par l'AGETUR ;*
- *l'additif corrigé était en passe d'être publié lorsque la lettre de l'ARMP est intervenue et ladite publication a été suspendue ainsi que tout le processus tel que demandé dans la lettre de l'ARMP.*

Concernant le critère relatif au chiffre d'affaires, elle reconnaît que la distinction n'a pas été faite entre les entreprises naissantes et celles n'ayant pas deux ou trois ans d'existence. Ces dernières peuvent présenter un chiffre d'affaires sur leur nombre d'années d'existence. Ce qui n'est pas le cas pour celles naissantes qui ne pourront présenter qu'un bilan d'ouverture ».

IV- CONSTATS ISSUS DE L'INSTRUCTION

Trois (3) constats se dégagent de l'instruction de ce recours :

Constat n°1 : sur l'appartenance du requérant à la catégorie des entreprises naissantes

L'établissement « COMPTOIR ENAMBASSI DAGBENAGNI ET FILS (CEDAF) » a été créé le 20 avril 2020.

Constat n°2 : sur la restriction de la liberté d'accès à la commande publique des entreprises naissantes

Les exigences faites aux candidats au point 4.b, 5ème tiret de l'avis querellé en matière de qualification précisément les critères d'ordre financier sont relatives au fait que :« *les entreprises naissantes et celles qui n'ont pas encore trois (03) années d'existence doivent avoir un chiffre d'affaires annuel moyen (bilan certifié par les impôts) au cours de leurs années d'existence égal à au moins une fois le montant corrigé de leur offre* » est susceptible de porter effectivement préjudice aux entreprises naissances et les empêcher de concourir.

Constat n°3 : sur le silence de l'AGETUR face au recours préalable du requérant et la correction du critère contesté

Dans le projet d'additif, comme exigence d'ordre financier pour les entreprises naissantes et celles qui n'ont pas encore trois années d'existence, il est désormais prévu : « *présenter la preuve d'une assurance des risques professionnels pour ce projet* ».

V- OBJET ET ANALYSE DU RECOURS

Des faits, des moyens des parties et des constats issus de l'instruction, il ressort que le recours de l'établissement « COMPTOIR ENAMBASSI DAGBENAGNI ET FILS (CEDAF) » porte sur :

- la régularité du critère d'ordre financier querellé et la violation du principe de liberté d'accès à la commande publique ;
- le silence de l'AGETUR face au recours préalable du requérant et la violation du principe d'économie et d'efficacité du processus d'acquisition.

A. SUR LA REGULARITE DU CRITERE D'ORDRE FINANCIER QUERELLE ET LA VIOLATION DU PRINCIPE DE LIBERTE D'ACCES A LA COMMANDE PUBLIQUE.

Considérant les dispositions de l'article 7 alinéa 1er de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin selon lesquelles : « *Les marchés publics, quel qu'en soit le montant, sont soumis aux principes suivants : économie et efficacité du processus d'acquisition, liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et soumissionnaires, transparence des procédures, reconnaissance mutuelle* » ;

Considérant qu'au sens de l'article 60 alinéa 1er point 2 de la même loi, la justification de la capacité financière du candidat est constituée par une ou plusieurs des références suivantes :
une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché pour, au maximum, les trois (03) derniers exercices en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activité du soumissionnaire... ;

Qu'en application de cette disposition, l'avis d'appel d'offres querellé devrait faire une part spécifique aux entreprises naissantes dans les exigences en matière de capacité financière afin de garantir la liberté d'accès à la commande publique pour ces dernières ;

Considérant qu'en l'espèce, l'établissement « COMPTOIR ENAMBASSI DAGBENAGNI ET FILS (CEDAF) » conteste le point 4.b de l'avis d'appel d'offres en son 5ème tiret qui stipule que les entreprises naissantes doivent : « *avoir un chiffre d'affaires annuel moyen (bilan certifié par les impôts) au cours de leurs années d'existence égal à au moins une fois le montant corrigé de leur offre* » ;

Qu'à l'analyse, ce critère constitue un obstacle à la participation et la chance de gagner ce marché pour les entreprises naissantes qui n'ont pas encore eu la chance de faire de tels chiffres d'affaires ;

Que l'établissement « COMPTOIR ENAMBASSI DAGBENAGNI ET FILS (CEDAF) » étant créé le 20 avril 2020, à la date du lancement de la procédure querellée, il n'a pas encore trois (3) années d'existence et pourra jouir de la qualité d'entreprise naissante et en tant que telle, il devrait pouvoir bénéficier des dispositions prévues par les textes en faveur de cette catégorie d'entreprises ;

Que l'exigence du chiffre d'affaires telle qu'énoncée dans l'avis d'appel d'offres querellé, est une exclusion des entreprises naissantes et de celles qui n'ont pas encore trois (3) années d'existence et s'analyse comme un obstacle à leur participation à cette concurrence sensée ouverte ;

Qu'ainsi ce critère d'ordre financier est irrégulier et est constitutif de la violation du principe de liberté d'accès à la commande publique ;

C'est donc à bon droit que l'établissement « COMPTOIR ENAMBASSI DAGBENAGNI ET FILS (CEDAF) », en sa qualité d'entreprise naissante, a exercé son recours pour contester ledit critère.

B. SUR LE SILENCE DE L'AGETUR FACE AU RECOURS PREALABLE DU REQUERANT ET LA VIOLATION DU PRINCIPE D'ECONOMIE ET D'EFFICACITE DU PROCESSUS D'ACQUISITION

Considérant les dispositions de l'article 116 *in fine* de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 susvisée et relatives au délai de réponse à tout recours préalable selon lesquelles : « *La décision de la personne responsable des marchés publics ou de son supérieur hiérarchique doit intervenir dans un délai de trois (03) jours ouvrables après sa saisine* » ;

Considérant que l'article 117 alinéa 2 de la même loi dispose : « *En l'absence de décision rendue par l'autorité contractante ou l'autorité hiérarchique dans les trois (03) jours ouvrables de sa saisine, le requérant peut également saisir l'Autorité de régulation des marchés publics* » ;

Que l'absence de décision rendue par l'autorité contractante ou son supérieur hiérarchique équivaut systématiquement au rejet des prétentions du requérant ;

Que dans l'hypothèse où le recours préalable est fondé, une réponse expresse est obligatoire ;

Considérant qu'en l'espèce, l'AGETUR n'a pas répondu au recours préalable de l'établissement « COMPTOIR ENAMBASSI DAGBENAGNI ET FILS (CEDAF) », ce qui s'assimile à un rejet des prétentions de ce dernier, alors qu'elle a initié la prise en compte des observations du requérant à l'effet de la correction du critère d'ordre financier contesté ;

Qu'il convient de rappeler que par respect du principe d'économie et d'efficacité du processus d'acquisition édicté à l'article 7 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics suscitée, elle devrait répondre expressément au recours préalable du candidat, étant donné qu'elle accepte de corriger le critère contesté ;

Que c'est seulement en cas de désaccord ou de rejet des observations ou prétentions d'un requérant qu'elle pourrait garder silence comme elle l'a fait ;

Qu'ayant jugé pertinent et fondé le recours préalable de l'établissement « COMPTOIR ENAMBASSI DAGBENAGNI ET FILS (CEDAF) », elle devrait la lui notifier dans les trois (3) jours suivants pour éviter la saisine de l'ARMP par ce dernier et l'allongement de la procédure de passation de ce marché ;

Qu'une telle réaction positive aurait permis d'éviter la suspension de ladite procédure consécutive à la saisine de l'ARMP.

PAR CES MOTIFS ET SANS QU'IL NE SOIT NESSAIRE DE STATUER SUR LES AUTRES,

DECIDE :

Article 1er : Le recours de l'établissement « COMPTOIR ENAMBASSI DAGBENAGNI ET FILS (CEDAF) » est recevable.

Article 2 : Le recours de l'établissement « COMPTOIR ENAMBASSI DAGBENAGNI ET FILS (CEDAF) » est fondé.

Article 3 : L'Agence d'Exécution des Travaux Urbains (AGETUR) relance l'avis d'appel d'offres N°005/2022/FIDA-OPEP/MAEP/PADAAM/AGETUR du 31 mars 2022 relatif aux travaux d'aménagement de 600,25 hectares de bas-fonds rizicoles dans le cadre du PADAAM, avec l'intégration des observations de l'établissement « COMPTOIR ENAMBASSI DAGBENAGNI ET FILS (CEDAF) ».

Elle en rend compte à l'ARMP des diligences menées dans un délai de cinq (5) jours ouvrables pour compter de la réception de la présente décision.

Article 4 : La présente décision sera notifiée :

- au Promoteur de l'établissement « COMPTOIR ENAMBASSI DAGBENAGNI ET FILS (CEDAF) » ;

- au Président Directeur Général de l'Agence d'Exécution des Travaux Urbains (AGETUR) ;
- au Ministre de l'Agriculture, de l'Elevage et de la Pêche ;
- au Directeur National de Contrôle des Marchés Publics.

Article 5 : La présente décision sera publiée sur le site web de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics et dans le SIGMaP.

Présidence de la République * Le Président * ARMP

Séraphin AGBAHOUNGBATA
(Président de la CRD)

Présidence de la République * Conseiller CRD * ARMP

Gilbert Ulrich TOGBONON
(Membre de la CRD)

Présidence de la République * Conseiller CRD * ARMP

Derrick BODJRENOU
(Membre de la CRD)

Présidence de la République * Le Secrétaire Permanent * ARMP

Ludovic GUEDJE
Secrétaire Permanent de l'ARMP
(Rapporteur/CRD)