



AVIS N° 2024-~~078~~/ARMP/PR-CR/CRD/CD/SP/DRR-AT/SAT/SA DU ~~31~~ MAI 2024

- DECLARANT L'AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS (ARMP) INCOMPETENTE POUR AUTORISER LA PASSATION D'UN AVENANT AUX MARCHES PUBLICS ;
- RECOMMANDANT AU MAIRE DE LA COMMUNE DE PORTO-NOVO DE TIRER LES CONSEQUENCES DE DROIT QU'IMPOSE LE PRESENT AVIS.

LE PRESIDENT DU CONSEIL DE REGULATION,

- 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 ;
- 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'évaluation ;
- 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°2020-598 du 23 décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Direction nationale de contrôle des marchés publics ;
- 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 ;

Ensemble les pièces du dossier,

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

Considérant que par lettre n°10H/285/MPN/SE/C-UGP/SP du 11 avril 2024, enregistrée au Secrétariat administratif de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) le 12 avril 2024 sous le numéro 730-24, le Maire de la Commune de Porto-Novo a saisi l'ARMP d'une demande de dérogation exceptionnelle ;

Que dans sa demande, il expose que :

« La fin des travaux du projet « Porto-Novo ville verte » (PNVV) force l'admiration du bailleur et celle de la coopération décentralisée. Elle place la ville de Porto-Novo en orbite aujourd'hui. Mais compte tenu de quelques irrégularités connues dans la chaîne de dépenses, le risque d'un mauvais achèvement dudit marché est grand

alors que ce dernier constitue un gage important pour la ville vis-à-vis de ses partenaires au développement (l'Agence française de Développement (AFD), le Fonds Français pour l'Environnement Mondial).

Ces irrégularités méritent que la ville de Porto-Novo bénéficie de votre accompagnement technique à travers une dérogation.

En effet, dans la mise en œuvre du marché, et compte tenu des difficultés rencontrées, plusieurs modifications (suppression et ajouts de travaux) ont été suggérées par la mission de contrôle en réunions hebdomadaires de chantier, en présence du bailleur.

La date limite de versement des fonds fixée au 3 décembre 2023 s'approchant à grands pas, avec comme conséquence, l'arrêt du financement, lesdites modifications se sont opérées sans signature d'avenant par la PRMP.

Pour défaut de signature de ce dernier avenant, la réception des travaux se fait toujours attendre.

Rappelons qu'au début du projet, il a été mis en place, pour son pilotage, une Unité de gestion à laquelle est associé un spécialiste en génie civil en charge de la passation des marchés. A cet effet, l'UGP s'est embarquée dans une dynamique de pression au quotidien pour rattraper les retards déjà connus. Cette dynamique a d'ailleurs pratiquement fait de l'UGP, le seul interlocuteur opérationnel du bailleur pour l'atteinte des résultats. Le rythme de travail imprégné à l'UGP faisait que même la direction des services techniques de la ville n'était pas impliquée dans l'Unité de gestion du Projet et ceci, en application du manuel opérationnel de procédure du projet. Avec le démarrage des travaux de voirie en 2021, le bailleur assiste une fois par quinzaine à toutes les réunions de chantiers.

A l'avènement de la réforme structurelle de l'administration territoriale, les choses ont un peu changé. En effet, la PRMP et le DST se sont intéressés à la mise en œuvre du projet. Une implication qui est très appréciée par l'UGP. Mais, l'équipe du projet est toujours restée dans la logique du départ qui fait d'elle le bras opérationnel du projet en application du manuel. Il a fallu une réunion de chantier conduite par le Maire au sujet des avenants en janvier 2024 pour que la PRMP de la mairie rappelle que toutes les modifications des travaux doivent d'abord faire l'objet d'avenant préalable alors que jusque-là, l'UGP estimait que la présence continue du bailleur aux réunions de chantiers qui accompagnait l'UGP était un gage d'acceptation de toutes les modifications.

Précisons aussi que, le titulaire du présent marché d'un coût global de 1 897 171 169 FCFA HT (y compris l'avenant N°1), a été choisi suite à un appel d'Offres International selon les Directives pour la Passation des Marchés financés par l'AFD dans les Etats étrangers et le Dossier-type – Marchés de travaux de l'AFD.

Il convient de signaler que l'ouvrage a été inauguré par le bailleur au terme de la date limite de versement des fonds, en présence de l'ambassadeur de France et des partenaires de la métropole de Lyon et de l'agglomération de Cergy-Pontoise, à la grande satisfaction de tous. L'ouvrage a été visité le 19 Mars 2024 par le Directeur général de l'AFD France avec une délégation de l'Union Européenne accompagnée de la mission résidente de l'AFD, à la suite de celle du Ministre du cadre de vie et des transports, en charge du Développement Durable » ;

Que compte tenu des conditions particulières de modification du contrat de base et eu égard aux prescriptions du manuel de procédures applicable en la matière, il voudrait obtenir de l'organe de régulation, « la permission de faire signer un autre avenant pour enfin réceptionner les travaux à la demande pressante du bailleur » ; 

Qu'il résulte des faits ci-dessus exposés ainsi que de l'examen des pièces versées au dossier que la demande du Maire de la Commune de Porto-Novo porte sur l'autorisation à passer un avenant au marché concerné, à titre de régularisation ;

Que pour répondre à ladite demande, il y a lieu de déterminer le(s) texte(s) applicables à la procédure concernée et de déterminer les conditions et modalités d'un avenant selon ledit texte ;

➤ Des textes applicables

Considérant les stipulations du point 4.1.1 alinéa 1^{er} du "**Manuel opérationnel de procédures Révisé 1**" du projet « Porto-Novo Ville Verte (PNVV) » selon lesquelles : « *Les procédures de passation des marchés du Projet devront respecter les prescriptions de la loi n° 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics (MP) en République du Bénin et ses décrets d'application ainsi que la convention de financement N°CBJ 1207. 01 D et CBJ 1213 et les Directives pour la passation des marchés financés par l'AFD dans les États étrangers* » ;

Que la clause 5.6 de la N°CBJ 1207. 01 D et CBJ 1213 01A du 03 décembre 2015, Porto-Novo, Ville verte, dispose : « *Dans le cadre de la passation, de l'attribution et de l'exécution des marchés relatifs à la réalisation du Projet, le Bénéficiaire s'engage à respecter et mettre en œuvre les stipulations des Directives pour la Passation des Marchés.* »

Le Bénéficiaire s'engage en outre à accomplir tous les actes et démarches qui s'avéreraient nécessaires pour la bonne application des stipulations des Directives pour la Passation des Marchés » ;

Qu'il ressort des dispositions ci-dessus que deux (02) textes principaux sont applicables à la procédure en cause, à savoir :

- la loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin ;
- les Directives pour la passation des marchés financés par l'AFD dans les États étrangers ;

Considérant cependant que le marché en cause a été conclu, signé, approuvé et notifié en 2022, conformément aux dispositions de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin ;

Qu'il en résulte que la loi nationale qui lui est applicable est celle n°2020-26 du 29 septembre 2020 susvisée, et non celle n°2017-04 du 19 octobre 2017 indiquée dans le "**Manuel opérationnel de procédures Révisé 1**" du projet « Porto-Novo Ville Verte (PNVV) » ;

Que c'est donc au regard des dispositions de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin et des Directives pour la passation des marchés financés par l'AFD dans les États étrangers qu'il faille apprécier la requête du Maire de la Commune de Porto-Novo.

➤ Des dispositions de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin

Considérant les dispositions de l'article 100 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin aux termes desquelles : « *Les stipulations relatives au montant d'un marché public ne peuvent être modifiées que par voie d'avenant et dans la limite d'une augmentation de trente pour cent (30%) de la valeur totale du marché de base.*

L'avenant est adopté et notifié selon la même procédure d'examen que le marché de base. Il ne peut modifier ni l'objet du marché, ni le titulaire du marché, ni la monnaie de règlement, ni la formule de révision des prix.

La passation d'un avenant est soumise à l'autorisation de la direction nationale de contrôle des marchés publics.

Lorsque l'augmentation de la masse des travaux dépasse d'un montant de trente pour cent (30%) le montant du marché calculé sur la base des prix initiaux, ou lorsqu'en cas d'avenants successifs, le montant du dernier avenant à conclure doit porter le total cumulé des avenants au-delà de trente pour cent (30%) du montant du marché, il est passé un nouveau marché.

Les ordres de services relatifs aux prix, aux délais et aux programmes constituent des actes contractuels de gestion d'un marché et ne peuvent être émis que dans les conditions suivantes :

- *lorsqu'un ordre de service est susceptible d'entraîner le dépassement du montant du marché, sa signature est subordonnée aux justificatifs de la disponibilité du financement ;*
- *en cas de dépassement de montant du marché dans une proportion égale à dix pour cent (10%) au plus, les modifications du marché peuvent être apportées par ordre de service et régularisées par voie d'avenant, sous réserve des dispositions de l'alinéa 2 du présent article ;*
- *lorsque le dépassement du montant du marché est supérieur à dix pour cent (10%), les modifications ne peuvent se faire qu'après signature de l'avenant y afférent ;*
- *le jeu normal des révisions de prix en application des clauses contractuelles ne donne pas lieu à passation d'avenant. Toutefois, lorsque l'application de la formule de variation des prix conduit à une variation supérieure à trente pour cent (30%) du montant initial du marché ou du montant de la partie du marché restant à exécuter, l'autorité contractante ou le titulaire peuvent demander la résiliation du marché.*

En tout état de cause, toute modification touchant aux spécifications techniques doit faire l'objet d'une étude préalable sur l'étendue, le coût et les délais du marché.

La variation dans la quantité des prestations s'effectuera dans les conditions définies par le cahier des clauses administratives générales » ;

Qu'il ressort des dispositions sus rappelées que :

- *le montant d'un avenant ne peut dépasser trente pour cent (30%) du montant de base du marché ;*
- *la passation d'un avenant est soumise à l'autorisation de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics (DNCMP) ;*
- *un ordre de service peut être émis pour apporter des modifications à un marché lorsque lesdites modifications n'occasionnent pas un dépassement du montant du marché de plus de dix pour cent (10%) ; cet ordre de service doit ensuite être régularisé par voie d'avenant ;*
- *toute modification touchant aux spécifications techniques doit faire l'objet d'une étude préalable sur l'étendue, le coût et les délais du marché ;*

Considérant qu'en l'espèce, le Maire de la Commune de Porto-Novo a indiqué dans sa demande que : « (...) dans la mise en œuvre du marché, et compte tenu des difficultés rencontrées, plusieurs modifications (suppression et ajouts de travaux) ont été suggérées par la mission de contrôle en réunions hebdomadaires de chantier, en présence du bailleur. La date limite de versement des fonds fixée au 3 décembre 2023 s'approchant à grands pas, avec comme conséquence, l'arrêt du financement, lesdites modifications se sont opérées sans

signature d'avenant par la PRMP. Pour défaut de signature de ce dernier avenant, la réception des travaux se fait toujours attendre » ;

Que ces suppressions et ajouts de travaux sont relatifs aux spécifications techniques des travaux et devraient avoir fait l'objet d'une étude préalable en termes de faisabilité et de coût pour éviter tout malentendu et tout paiement arbitraire, en application des dispositions légales ci-dessus citées ;

Que le fait de ne pas conclure cet avenant conformément aux textes en vigueur implique que le montant réel du marché n'est pas connu jusqu'à la fin de son exécution, ce qui constitue une opacité dans la gestion du contrat en cause et une grave irrégularité ;

Qu'en dehors des cas spécifiques de modification des contrats à gérer par ordre de service dans la limite de 10% du montant du marché de base, toute autre modification des contrats doit se faire par avenant et cet avenant doit être conclu dans les mêmes conditions que le marché initial, c'est-à-dire, conclu, signé et approuvé avant tout début d'exécution, conformément aux dispositions de l'article 100 alinéa 2 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 susvisée ;

Que le Maire de la Commune de Porto-Novo dans sa requête, n'a cependant ni indiqué ni produit une quelconque preuve de saisine de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics (DNCMP) compétente aux fins de l'autorisation de l'avenant souhaité ;

Que les dispositions de l'article 100 alinéa 3 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 suscitée, ayant clairement prescrit que « *La passation d'un avenant est soumise à l'autorisation de la direction nationale de contrôle des marchés publics* », la saisine de l'ARMP aux fins de l'obtention d'une autorisation de signature de l'avenant en question est irrégulière ;

Qu'en outre, il y a lieu de relever que la conclusion d'un avenant devrait intervenir avant la fin des travaux, dans le délai d'exécution et après étude préalable des implications des modifications souhaitées sur le coût du marché ;

Qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de conclure que :

- l'ARMP est incomptente pour autoriser la passation d'un avenant à un marché ;
- le défaut de conclusion de cet avenant touchant aux spécifications techniques de l'ouvrage depuis que le besoin s'est fait sentir jusqu'à la fin de l'exécution du contrat, est irrégulier.

➤ **Des dispositions des Directives pour la passation des marchés financés par l'AFD dans les États étrangers (2017)**

Considérant les dispositions du point 1.6.2 des "Directives pour la passation des marchés financés par l'AFD dans les États étrangers (2017)" aux termes desquelles : « *Sauf notification contraire adressée par l'AFD au Bénéficiaire, les contrôles réalisés par l'AFD sur les passations des marchés qu'elle finance s'exercent de façon ex-ante à travers l'émission d'Avis de Non-Objection, délivrés dès lors que le Bénéficiaire a bien respecté les dispositions des présentes Directives* » ;

Avant diffusion ou notification à des tiers, et de préférence, avant toute communication pour approbation par une entité nationale de régulation ou de contrôle des marchés, le Bénéficiaire est tenu de soumettre à la non-objection préalable de l'AFD :

- a) *Le Plan de Passation des Marchés* ; *b*

- b) L'Appel à Manifestations d'Intérêt, dans le cas de marchés de prestations intellectuelles pour lesquels une publicité préalable est requise afin de constituer la Liste Restreinte ;
- c) L'avis de Pré-Qualification, le dossier de Pré-Qualification et la méthode d'évaluation envisagée dans le cas de marchés de travaux, fournitures ou équipements pour lesquels une phase de Pré-Qualification est organisée ;
- d) Le rapport d'évaluation des candidatures (suite à Pré-Qualification ou AMI) et la liste des soumissionnaires ou consultants proposés pour participer à l'Appel d'Offres ou à la Demande de Cotation ;
- e) Les Documents d'Appel d'Offres ainsi que ceux de la Demande de Propositions ou de Cotation ;
- f) Après évaluation des offres ou des propositions, et avant que le résultat ne fasse l'objet d'une notification aux différents soumissionnaires ou consultants, un rapport détaillé sur l'évaluation et la comparaison des offres ou propositions reçues, les recommandations concernant l'attribution du marché et une copie de l'offre ou de la proposition de l'attributaire pressenti (y compris la Déclaration d'Intégrité signée), étant précisé que dans le cas d'une évaluation en deux étapes sur la base d'offres ou de propositions soumises sous deux enveloppes séparées (l'une l'offre technique, l'autre l'offre financière), la non-objection de l'AFD sera sollicitée une première fois sur le résultat de l'évaluation des offres techniques et une seconde fois après ouverture et évaluation des offres financières, sur le choix de l'attributaire. Par ailleurs, l'AFD se réserve le droit de demander au bénéficiaire la communication de l'ensemble des offres ou propositions ;
- g) La décision, le cas échéant, d'annuler l'appel d'offres ou de le déclarer infructueux ;
- h) Avant leur signature, les projets de contrats et les lettres de commande (comprenant la Déclaration d'Intégrité signée) ;
- i) Et le cas échéant, **les avenants ultérieurs auxdits marchés.**

Il est précisé que toute modification ou avenir à l'un quelconque des actes précités doit également faire l'objet d'un Avis de Non-Objection de l'AFD » ;

Que le point 2.1.4, sous-point d. desdites Directives précise : « Le montant total cumulé des avenants à un marché, sauf accord exprès de l'AFD, n'excèdera pas la plus contraignante des limites suivantes : le montant maximum des avenants tel que spécifié dans la réglementation applicable, s'il en existe une, ou 20% du montant initial du contrat » ;

Que de l'ensemble des dispositions des directives du bailleur mentionnées ci-dessus, il résulte que :

- l'avenant doit être soumis à l'Avis de Non Objection (ANO) de l'Agence Française de Développement (AFD) pour les projets qu'elle finance ;
- le montant total cumulé des avenants à un marché, sauf accord exprès de l'AFD, n'excèdera pas 30% du montant initial du contrat, pour ce qui est des contrats conclus sous la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin ;

Considérant que dans le cas du marché objet du présent avis, le requérant n'a ni indiqué ni donné la preuve que l'ANO de l'AFD a été sollicité et obtenu sur les modifications (suppressions et ajouts de travaux) objet de la demande d'avenant : *✓*

Que par ailleurs, dans son mémoire relatif à la demande d'avenant à elle adressée par le Coordonnateur de l'UGP du projet, joint à sa correspondance n°10H04/M-PN/SE/PRMP/S-PRMP du 13 mars 2024, la Personne Responsable des Marchés Publics (PRMP) de la Commune de Porto-Novo a indiqué entre autres que : « (...) le montant total du projet d'avenant à 611 931 021 FCFA, représentant un seuil de 32,603%. (...) le constat a été fait que la plupart de ces rubriques ont été exécutées et payées avec un seuil de 36,60% du contrat de base » ;

Que ces informations prouvent que le montant de l'avenant sollicité dépasse le seuil de 30% prévu par les dispositions susmentionnées de l'article 100 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 ; seuil également ressorti des dispositions des Directives applicables audit marché ;

Que la non sollicitation de l'ANO de l'AFD ainsi que le dépassement du seuil tolérable de l'avenant, parce que irréguliers, obèrent la passation de l'avenant sollicité ;

Considérant toutefois que le Maire de la Commune de Porto-Novo a assuré dans sa demande que les « modifications (suppressions et ajouts de travaux) ont été suggérées par la mission de contrôle en réunions hebdomadaires de chantier, en présence du bailleur » ;

Qu'il ressort du mémoire de la PRMP de la Commune de Porto-Novo que les prestations, objet de l'avenant en cause, ont été déjà réglées au titulaire ;

Que si le bailleur a autorisé le paiement desdites prestations, il va s'en dire qu'il a donné son accord tacite pour l'exécution desdites prestations ;

Qu'en conséquence, il y a lieu de recommander au Maire de la Commune de Porto-Novo d'instruire le Coordonnateur de l'UGP du projet aux fins de solliciter du bailleur, l'autorisation de la passation de l'avenant attendu pour permettre la réception des prestations du marché concerné.

EN CONSEQUENCE, EMET L'AVIS CI-APRES :

L'Autorité de Régulation des Marchés Publics :

- se déclare incomptente pour autoriser la passation d'un avenant à un marché public ;
- demande au Maire de la commune de Porto-Novo de tirer les conséquences de droit qu'impose le présent avis.

