

DECISION N° 2024-088/ARMP/PR-CR/CRD/CD/SP/DRRAT/SA DU 05 SEPTEMBRE 2024

- 1- PORTANT AUTORISATION DE RESTITUTION DU TROP PERÇU DU MONTANT DES PENALITES DE RETARD INDUMENT PRELEVE A LA SOCIETE « IBUCE SARL » DANS LE CADRE DE L'EXECUTION DU MARCHE N°12A/030/PRMP/SPRMP/22 DU 27 JUIN 2022 RELATIF A L'ACQUISITION DE 960 TABLES-BANCS AU PROFIT DES EPP ET EM DE LA COMMUNE D'ABOMEY ;
- 2- PORTANT AUTO-SAISINE DE L'ARMP EN MATIERE DISCIPLINAIRE.

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°2020-605 du 23 décembre 2020 fixant les règles et modalités de mise en œuvre des procédures de sollicitation de prix ;
- Vu le décret n°2020-601 du 23 décembre 2020 portant code d'éthique et de déontologie dans la commande publique ;
- 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 complémentaires du dossier,

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

Considérant que par lettre n°12A/403/MA/SE/PRMP/SA/2024 du 27 mai 2024, enregistrée au Secrétariat administratif de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) le 05 juin 2024 sous le numéro 1068-24, le Secrétaire Exécutif de la Commune d'Abomey a saisi l'ARMP d'une demande d'autorisation pour la remise totale de pénalité de retard à la société « IBUCE SARL » ;

Qu'il expose :

« (...) La Mairie d'Abomey a conclu avec la société IBUCE SARL un marché de fourniture de tables et bancs au profit des EPP et EM de la Commune.

La livraison n'a pas été faite dans le délai. Ainsi, conformément aux dispositions de l'article 15 du contrat, la pénalité de retard a été appliquée par la personne Responsable des marchés publics et le cumul de la pénalité est évalué à un montant de : Un million neuf cent soixante un mille neuf cent soixante-un (1 961 961) Francs CFA.

Après, la réception provisoire, la société a été payée avec prélèvement du montant relatif à la pénalité de retard.

La Directrice générale de la société m'a saisi par lettre en date du 05 avril 2024 en demandant une remise de la pénalité de retard retenue par la mairie. Elle justifie sa requête par des raisons de force majeure qui ne dépendent pas de sa volonté et qui sont dues notamment à la pandémie de la COVID-19 marquée par la pénurie de la matière première indispensable à la conception des tables et bancs, objet du marché.

Aussi, a-t-elle indiqué que cette remise lui permettrait d'amoindrir un peu les coûts supplémentaires engagés par sa société dans le but de satisfaire les exigences contractuelles de la Mairie » ;

Que, conformément aux dispositions de l'article 113 de la loi 2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des Marchés Publics en République du Bénin, il sollicite l'autorisation de l'organe de régulation pour le prononcé de ladite remise au profit de cette société, au regard des arguments avancés plus haut ;

- L'examen de la cause porte sur la régularité de la pénalité de retard appliquée et le montant dû.

De la régularité de l'application de la pénalité de retard à la société "IBUCE SARL"

Considérant les dispositions de l'article 113, les alinéas 1, 4 et 5 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 susvisée 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.*

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 » ;

Considérant les stipulations de l'article 4 du contrat n°12A/030/PRMP/SPRMP/22 du 27 juin 2022 relatif à l'acquisition de 960 tables-bancs au profit des EPP et EM de la commune d'Abomey selon lesquelles

« Le délai d'exécution du présent marché est de Soixante (60) jours à compter de la date de notification de l'ordre de service de commencer les prestations prévues au contrat » ;

Considérant également les stipulations de l'article 15 du contrat susmentionné aux termes desquelles :
« En cas de retard dans la prestation des services, le titulaire sera passible après une mise en demeure préalable de huit (08) jours calendaires, d'une pénalité par jour fixé à 1/2000^{ème} du montant du marché.

Le cumul des pénalités de retard ne peut excéder dix pour cent (10%) du montant du marché augmenté ou diminué de l'avenant.

Les empêchements résultant de cas de force majeure exonèrent le titulaire des pénalités de retard » ;

Qu'il ressort des dispositions ci-dessus que :

- le retard dans l'exécution d'un marché public est puni de pénalités ;
- ces pénalités ne peuvent être appliquées qu'après mise en demeure préalable ;
- la remise partielle ou totale des pénalités peut être accordée à un titulaire par le supérieur hiérarchique de la PRMP, après avis de l'Autorité de régulation des marchés publics ;
- les pénalités de retard ne sont pas applicables en cas de force majeure ;

Qu'en l'espèce, la lettre n°12A/220/MA/SE/PRMP/SP-PRMP/2022 du 30 novembre 2022 portant ordre de service de commencement des prestations, adressée par la Personne Responsable des Marchés Publics (PRMP) de la Commune d'Abomey à la Directrice Générale de la société « IBUCE SARL » indique : « *Conformément à l'article 4 du contrat ci-dessus référencé, nous vous délivrons le présent ordre de service de commencement des prestations à compter du jeudi 1^{er} décembre 2022.*

Pour mémoire, le délai d'exécution des prestations est de 60 jours en se référant aux clauses contractuelles.

La date prévisionnelle d'achèvement de vos prestations est le 30 janvier 2023 » ;

Qu'ainsi, **les biens devraient être livrés le 30 janvier 2023 au plus tard**, mais que la demande de réception objet de la lettre sans référence du 07 juillet 2023 de la Directrice Générale de la société « IBUCE SARL », n'est parvenue à l'autorité contractante que le **10 juillet 2023, comme l'atteste la décharge de ladite lettre par la Commune d'Abomey** ;

Considérant que par lettre sans référence en date du 05 avril 2024, la Directrice Générale de la société « IBUCE SARL » a saisi le Secrétaire Exécutif de la Mairie d'Abomey d'une demande de remise totale de pénalité de retard ;

Que dans sa requête, le titulaire expose que :

« ... En effet, ces jours de retard sont dus à plusieurs raisons :

- ❖ *Au cours de la période d'exécution du contrat, la qualité de bois recommandée par la mairie était en pénurie ; or le fournisseur nous avait rassuré au moment de la soumission que cette matière sera disponible à un prix concurrentiel. Mais malheureusement, tel n'a pas été le cas : de promesse en promesse, ce dernier nous rassurait, ce qui empiétant déjà sur le délai d'exécution du contrat.*
- ❖ *Toujours dans le souci de remplir nos obligations contractuelles, nous avons contacté un autre fournisseur qui nous a vendu le bois très cher, dépassant ainsi le montant prévu dans notre contrat.*

(...) Ainsi, vu les cas de force majeure énumérés plus haut et conformément à l'article 113 du code des marchés publics en République du Bénin (...), nous voudrions vous prier (...) de bien vouloir autoriser la remise totale de cette pénalité afin de nous permettre d'amortir quelque peu les charges supplémentaires et d'accompagner la survie de l'entreprise » ;

Que l'examen des faits de la cause révèle que des informations ci-dessus, de la date contractuelle de livraison des biens (30 janvier 2023) à la date de réception de la demande de réception (10 juillet 2023), théoriquement, la société « IBUCE SARL » a effectivement accusé un retard de plus de cinq (05) mois dans l'exécution du marché concerné ;

Que la pénurie du bois ne saurait constituer un cas de force majeure parce que devant normalement être prévue comme un risque potentiel du marché par tout soumissionnaire, au regard de l'indisponibilité souvent observée au plan national de certains types de bois ;

Qu'en effet, la force majeure s'entend comme « *tout acte ou événement imprévisible, irrésistible, hors du contrôle des parties et qui rend l'exécution du marché pratiquement impossible, tel que les catastrophes naturelles, les incendies, les explosions, la guerre, l'insurrection, la mobilisation, les grèves générales, les tremblements de terre, mais non les actes ou événements qui rendraient seulement l'exécution d'une obligation plus difficile ou plus onéreuse pour son débiteur* » ;

Que la pénurie de la matière première étant prévisible, elle n'est pas recevable comme cas de force majeure pour justifier une éventuelle exonération de l'application de la pénalité de retard ;

Qu'il aurait fallu que le titulaire signalât à l'Autorité contractante, les difficultés auxquelles il était confronté et sollicité un avenant au délai d'exécution du marché avant le terme dudit délai, et non invoquer ces difficultés après avoir reçu notification d'une mise en demeure ou s'être vu appliquer des pénalités de retard ;

Qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de déclarer que la société « IBUCE SARL » encourt des pénalités de retard pour n'avoir pas respecté les délais contractuels.

➤ Du montant de la pénalité de retard dû

Considérant que la PRMP de la Commune d'Abomey n'a notifié à la société « IBUCE SARL », une mise en demeure conformément aux dispositions de l'article 113 de la loi portant code des marchés publics

précitée et des stipulations de l'article 15 du contrat en cause, que le 11 mai 2023, par lettre n°12A/217/MA/SE/PRMP/SP-PRMP/2023 du 11 mai 2023 ;

Qu'ainsi, l'autorité contractante n'a satisfait à la condition de prélèvement des pénalités de retard que huit (08) jours calendaires après cette date du 11 mai 2023 de la mise en demeure ;

Considérant les stipulations de l'article 15 du contrat n°12A/030/PRMP/SPRMP/22 du 27 juin 2022 relatif à l'acquisition de 960 tables-bancs au profit des EPP et EM de la commune d'Abomey selon lesquelles : « *En cas de retard dans la prestation des services, le titulaire sera passible après une mise en demeure préalable de huit (08) jours calendaires, d'une pénalité par jour fixée à 1/2000ème du montant du marché* » ;

Que la PRMP de la Commune d'Abomey a notifié à la société « IBUCE SARL », une mise en demeure le 11 mai 2023, et a reçu de celle-ci, une demande de réception le 10 juillet 2023 par lettre sans référence en date du 07 juillet 2023 ;

Que ces dates ainsi que les clauses contractuelles sus mentionnées permettent d'établir les éléments suivants qui déterminent le montant de la pénalité de retard et répertoriés dans le tableau ci-après :

Rubriques	Données du marché
Date de mise en demeure	11 mai 2023
Date de fin de la mise en demeure	19 mai 2023, soit huit (08) jours à compter de la mise en demeure
Date de départ pour le décompte des jours de retard	20 mai 2023
Date de réception, par la Commune d'Abomey, de la demande de réception introduite par la société « IBUCE SARL »	10 juillet 2023
Nombre de jours de retard	52 jours , décomptés comme suit : - du 20 au 31 mai 2023 : 12 jours ; - du 1 ^{er} au 30 juin 2023 : 30 jours ; - du 1 ^{er} au 10 juillet 2023 : 10 jours.
Montant Toutes Taxes Comprises (TTC) du marché	21 921 356 FCFA
Taux journalier de pénalité de retard	1/2000 ^{ème} du montant TTC du marché, soit : 10 960,678 FCFA
Montant de la pénalité de retard à appliquer dans le cadre du présent marché	$10\ 960,678 \times 52$, soit 569 955,256 FCFA

Qu'il ressort des informations du tableau ci-dessus que le montant de la pénalité de retard à appliquer dans le cadre du marché concerné est normalement de **cinq cent soixante-neuf mille neuf cent cinquante-cinq virgule deux cent cinquante-six (569 955,256) francs CFA**

Considérant qu'en l'espèce, la Commune d'Abomey a prélevé du montant payé à la société « IBUCE SARL » à titre de règlement du marché, la somme de « **un million neuf cent soixante un mille neuf cent soixante-un (1 961 961) francs CFA** » représentant le montant de la pénalité de retard à elle appliquée ;

Qu'en conséquence, le prélèvement d'un montant de un million neuf cent soixante-un mille neuf cent soixante-un (1 961 961) francs CFA qui a été opéré lors du règlement à la société « IBUCE SARL » après la réception provisoire, est mal calculé ;

Qu'il s'observe que ce montant n'est pas conforme à celui déterminé sur la base des clauses contractuelles et des informations issues de l'exécution du marché ;

Qu'il y a lieu en conséquence d'établir que ce montant d'**un million neuf cent soixante un mille neuf cent soixante-un (1 961 961) francs CFA**, déterminé et appliqué par la Commune d'Abomey, n'est pas régulier au regard des éléments de base sus répertoriés ;

Qu'il y a lieu de constater que la Commune d'Abomey a prélevé sur le montant dû à la société « IBUCE SARL », la somme d'**un million neuf cent soixante un mille neuf cent soixante-un (1 961 961) francs CFA** au lieu de **cinq cent soixante-neuf mille neuf cent cinquante-cinq virgule deux cent cinquante-six (569 955,256) francs CFA**, soit un gap d'**un million trois cent quatre-vingt-douze mille cinq virgule sept cent quarante-quatre (1 392 005,744) francs CFA** qu'il y a lieu de restituer au titulaire du marché ;

Qu'en conséquence, il y a lieu d'ordonner au Secrétaire Exécutif de la Commune d'Abomey, d'une part, de faire rembourser à la société « IBUCE SARL », le trop perçu par la Commune sur le règlement qui lui a été fait, et d'autre part, de prendre les mesures idoines pour, à l'avenir, faire assurer par ses services compétents, une meilleure application des pénalités de retard aux titulaires des marchés.

Considérant les présomptions d'irrégularités relevées dans la gestion du contrat en cause, il y a lieu pour l'organe de régulation des marchés publics de s'auto-saisir en matière disciplinaire aux fins.

EN CONSEQUENCE, EMET L'AVIS CI-APRES :

L'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) :

- dit que pour non-respect des délais contractuels et après notification de la mise en demeure, la société « IBUCE SARL » encourt l'application des pénalités de retard ;
- établit que le montant des pénalités appliquée à la société « IBUCE SARL » dans le cadre du règlement marché n°12A/030/PRMP/SPRMP/22 du 27 juin 2022 relatif à l'acquisition de 960 tables-bancs au profit des EPP et EM de la commune d'Abomey, est de **cinq cent soixante-neuf mille neuf cent cinquante-cinq virgule deux cent cinquante-six (569 955,256) francs CFA** au lieu d'**un million neuf cent soixante un mille neuf cent soixante-un (1 961 961) francs CFA** :

- autorise la restitution du trop-perçu soit un million trois cent quatre-vingt-douze mille cinq virgule sept cent quarante-quatre (1 392 005,744) francs CFA à la société « IBUCE SARL » ;
- ordonne au Secrétaire Exécutif de la Commune d'Abomey de prendre les mesures idoines pour, à l'avenir, faire assurer par les services compétents de la Commune, notamment la Personne Responsable des Marchés Publics (PRMP) et la Direction de l'Administration et des Affaires Financières (DAAF), une meilleure application des pénalités de retard aux titulaires des marchés. *(Signature)*

