

AVIS N° 2025-024/ARMP/PR-CR/CRD/CD/SP/DRR-AT/SRR/SA DU 24 FEVRIER 2025

1. PORTANT RESERVE DE L'AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS DE S'IMMISER DANS L'EVALUATION DES OFFRES DANS LE CADRE DE L'APPEL D'OFFRES OUVERT INTERNATIONAL (DAOOI) N°311/24/SBEE/DG/DT/DPAL/PRMP/DCMEDDSP DU 20 MARS 2024, EN VERTU DU PRINCIPE DE LA SEPARATION DES FONCTIONS DE REGULATION ET DE PASSATION ;
2. INVITANT LA PRMP ET LA COE DE LA SBEE, DE SE REFERER AUX TEXTES ET A LA JURISPRUDENCE EN VIGUEUR ACTUELLEMENT, SUR LES STRUCTURES HABILITEES A DELIVRER LES ATTESTATIONS DE CAPACITE FINANCIERE EN DROIT POSITIF BENINOIS, POUR EN TIRER LES CONSEQUENCES DE DROIT QUI S'IMPOSENT.

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 ;
vu l'avis n°2024-063/ARMP/PR-CR/CRD/CD/SP/DRR-AT/SAT/SA du 30 avril 2024 ;
vu l'avis n°2024-115/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRR-AT/SAT/SA du 15 juillet 2024 ;
vu l'avis n°2024-137/ARMP/PR-CR/CRD/CD/SP/DRR-AT/SA du 20 septembre 2024 ;

vu l'avis n°2024-140/ARMP/PR-CR/CRD/CD/SP/DRR-AT-PI/SRR/SA du 26 septembre 2024 ;

Ensemble les pièces du dossier,

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

Considérant que par lettre n°D00734/25/SBEE/DG/PRMP/SP-PRMP/RCP/SPM/SP du 11 février 2025, enregistrée au Secrétariat administratif de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) le 12 février 2025 sous le numéro 0287-25, le Directeur Général de la Société Béninoise d'Energie Electrique (SBEE) a saisi l'ARMP d'une demande d'avis technique ;

Que dans sa demande, le Directeur général de la SBEE expose ce qui suit :

- « Nous avons l'honneur de solliciter votre avis technique afin de poursuivre les travaux d'évaluations des offres relatives à l'acquisition de transformateurs de distribution H61 au profit de la SBEE.
- En effet, dans le processus d'évaluation des offres, nous avons été confrontés à l'appréciation de l'attestation de capacité financière délivrée par la compagnie SUNU ASSURANCES à certains soumissionnaires.
 - L'avis n°2024-063/ARMP/PR-CR/CRD/CD/SP/DRR-AT/SA du 30 avril 2024 qui prescrit que :

L'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) :
 - rappelle que seuls les banques et les organismes financiers habilités peuvent délivrer l'attestation de capacité financière aux candidats ou soumissionnaires ;
 - établit que les organismes financiers agréés mais ne fournissant pas des services de tenue de compte ni d'octroi de crédits aux entreprises, notamment les compagnies d'assurance, ne sont pas habilités à délivrer ladite attestation.
- Cependant, SUNU ASSURANCES, a été agréée par Arrêté n°2022-81C/MEF/DC/SGM/SCSF /DA/SRA/CDR/SGG 22 du 08 septembre 2022 du Ministre de l'Economie et des Finances, accordant l'extension pour la commercialisation des produits d'assurances relevant des branches « 14 (crédit) » et « 15 (caution) » de l'article 328 du Code des assurances ».

Que le Directeur Général a joint à sa requête, le dossier d'appel d'offres ouvert international (DAOOI) n°311/24/SBEE/DG/DT/DPAL/PRMP/DCMEDDSP du 20 mars 2024, l'arrêté n°2022-81-c/MEF/DC/SGM/SGSF/DA/SRA/CDR/SGG 22 du 08 septembre 2022 portant agrément d'exercice de « SUNU ASSURANCES » ;

Qu'il résulte de ce qui précède que la demande du Directeur général de la SBEE porte sur l'appréciation par l'ARMP de la validité de l'attestation de capacité financière délivrée par la compagnie SUNU ASSURANCE à plusieurs soumissionnaires dans le cadre de la procédure sus référencée ;

Considérant les dispositions de l'article 9 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin selon lesquelles : « **La fonction de passation, la fonction de contrôle et la fonction de régulation des marchés publics sont assurées par des organes distincts. Elles sont également garanties par des procédures et des mécanismes qui respectent le principe de leur séparation.**

Les fonctions de contrôle et de régulation s'exercent de manière indépendante.

Aucun membre d'un organe de contrôle ou du conseil de régulation ne peut être personne responsable des marchés publics ou membre d'une commission ad hoc d'ouverture et d'évaluation (COE) » ;

Considérant par ailleurs les dispositions de l'article 1^{er} alinéa 1^{er} du décret n°2020-596 du 23 décembre 2020 portant attribution, organisation et fonctionnement de la personne responsable des marchés publics et de la Commission d'ouverture et d'évaluation, « **La personne responsable des marchés publics est chargée de mettre en œuvre, au nom de l'autorité contractante, les procédures de passation et d'exécution des marchés publics. A ce titre, elle accomplit les actes nécessaires depuis le choix de la procédure jusqu'à la désignation de l'attributaire et l'approbation du marché définitif. Elle soumet ces actes aux contrôles et approbation prévus par la loi. elle signe le marché au nom et pour le compte de l'autorité contractante** » ;

Qu'il résulte des dispositions légales ci-dessus citées que les fonctions et les compétences des organes de passation, de contrôle et de régulation sont distinctes et bien définies par la réglementation de la commande publique et doivent s'exercer dans le respect des règles d'incompatibilité ;

Considérant qu'en l'espèce, la SBEE demande à l'ARMP l'appréciation de la capacité financière délivrée par la compagnie « SUNU ASSURANCES » à certains soumissionnaires avant de poursuivre la procédure d'évaluation des offres dans le cadre de la procédure en cause ;

Que l'instruction de la cause révèle que l'appréciation de telles pièces dans les offres des soumissionnaires à cette étape de la procédure (étape d'évaluation des offres) ne relève pas de la compétence de l'ARMP, sauf en cas de présomptions de faux ou de déclarations mensongères ;

Qu'en vertu des incompatibilités des fonctions de passation et de régulation, il revient à la commission d'ouverture et d'évaluation, en toute indépendance d'apprécier de telles pièces sur le fondement des dispositions légales, réglementaires et la jurisprudence constante de l'organe de régulation en vigueur en la matière ;

Que pour rappel, en considération de la Note portant énumération des structures habilités à délivrer cette attestation de capacité financière de la BCEAO et du MEF et par les avis n°2024-063/ARMP/PR-CR/CRD/CD/SP/DRR-AT/SAT/SA du 30 avril 2024, n°2024-115/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRR-AT/SAT/SA du 15 juillet 2024, n°2024-137/ARMP/PR-CR/CRD/CD/SP/DRR-AT/SA du 20 septembre 2024 et n°2024-140/ARMP/PR-CR/CRD/CD/SP/DRR-AT-PI/SRR/SA du 26 septembre 2024 susvisés, l'ARMP a déjà suffisamment éclairé sur les critères élémentaires que les organismes financiers agréés doivent remplir pour pouvoir émettre valablement des attestations de capacités financières aux soumissionnaires dans le cadre des marchés publics, en application des textes en vigueur et de la nature desdites attestations ;

Que jusqu'à nouvel ordre, aucun changement possible n'a été opéré sur lesdites structures encore moins une actualisation de leur liste aux fins ;

Que sur la base des dispositions de l'article 60 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 susvisée, les formulaires FIN 3.4 d'attestation de capacité financière des dossiers d'appel à concurrence et des avis ci-dessus cités, c'est à la PRMP de la SBEE et aux membres de la COE d'apprécier objectivement les attestations délivrées aux soumissionnaires par la compagnie d'assurances « SUNU ASSURANCES » ;

Qu'au regard de ce qui précède, qu'il y a lieu de renvoyer la PRMP de la SBEE et des membres de la COE aux textes et à la jurisprudence déjà établie en la matière, pour en tirer les conséquences de droit qui s'imposent.

EN CONSEQUENCE, EMET L'AVIS CI-APRES :

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

1. se réserve de s'immiscer dans l'évaluation des offres relatif à l'appel d'offres ouvert international (DAOOI) n°311/24/SBEE/DG/DT/DPAL/PRMP/DCMEDDSP du 20 mars 2024, en vertu du principe de la séparation des fonctions de régulation et de passation ;
2. invite la PRMP et à la COE de la SBEE, à se référer aux dispositions du droit positif béninois et à la jurisprudence établie en matière de structures habilitées à délivrer les attestations de capacité financière pour en tirer les conséquences de droit qui s'imposent.

