DECISION N° 2021-101/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA DU 02 NOVEMBRE 2021

COMMISSION DE REGLEMENT DES DIFFERENDS (CRD)

AFFAIRE N°2021-101/ARMP-SA/2627

SOCIETE « BENOTECH ING »

CONTRE

AGENCE TERRITORIALE DE DEVELOPPEMENT AGRICOLE DU ZOU ET DU COUFFO (POLE 5)

1- DECLARANT RECEVABLE ET FONDE LE RECOURS DE LA SOCIETE « BENOTECH ING» CONTRE L'AGENCE TERRITORIALE DE DEVELOPPEMENT AGRICOLE DU ZOU ET DU COUFFO (POLE 5) DANS LE CADRE DE LA PROCEDURE DE PASSATION DE DEMANDE DE RENSEIGNEMENTS ET DE PRIX RP N°020/T_DAI_778921/ATDA-ZC/PRMP/SP-PRMP DU 10 AOUT 2021 RELATIVE A LA CONSTRUCTION DE MAGASINS ET D'INFRASTRUCTURES CONNEXES AU PROFIT DES BENEFICIAIRES DE PADAAM (LOT 1, 2 ET 3)

2- ORDONNANT LA PRISE EN COMPTE DES OBSERVATIONS DE LA SOCIETE « BENOTECH ING» PAR LA PERSONNE RESPONSABLE DES MARCHES PUBLICS DE L'AGENCE TERRITORIALE DE DEVELOPPEMENT AGRICOLE POLE 5

LA COMMISSION DE REGULATION 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°2020-605 du 23 décembre 2020 fixant les règles et modalités de mise en œuvre des procédures de sollicitation de prix ;

Vu le décret n°2020-596 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 la décision n°2021-08/PR/ARMP/S-PR/SP/SA du 27 juillet 2021 portant nomination du Secrétaire Permanent par intérim de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics ;

Vu la lettre n°035/DG/BEN/21-08 du 20 août 2021, enregistrée au secrétariat administratif de l'ARMP sous le numéro 2627 du 22 août 2021 portant recours de la société « BENOTECH SARL » ;

Vu la lettre n°2683/PR/ARMP/CRD/SP/DRAJ/PA/SA du 31 août 2021 de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics portant demande d'informations ;

Vu le bordereau n°1735/ATDA-ZC/PRMP/SP-PRMP/SA du 03 septembre 2021, enregistré au secrétariat administratif de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics le 06 septembre 2021 sous le numéro 2717 par lequel, l'Agence Territoriale de Développement Agricole du Zou et du Couffo a transmis un ensemble de dossiers à l'ARMP ;

Ensemble les pièces du dossier;

Les membres de la Commission de Règlement des Différents ci-après : monsieur Séraphin AGBAHOUNGBATA, Président; messieurs Gilbert Ulrich TOGBONON et Derrick BODJRENOU, membres ; ainsi que les autres membres du Conseil de Régulation :mesdames Carmen Sinani Oredolla GABA, Francine AISSI HOUANGNI et Martin Vihoutou ASSOGBA, réunis en session le mardi 02 novembre 2021 ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

I- LES FAITS

L'Agence Territoriale de Développement Agricole du Zou et du Couffo (ATDA ZC) a lancé la procédure de Demande de Renseignements et de Prix (DRP) n°020/T_DAI_778921/ATDA-ZC/PRMP/SP-PRMP du 10 août 2021 relative à la construction de magasins et d'infrastructures connexes à laquelle la société « BenoTech Ing » candidate, a formulé quelques observations parce qu'elle juge certains critères discriminatoires.

Non satisfaite de la réponse de la PRMP de l'ATDA-ZC (Pôle 5) à ses observations, la requérante a formulé son recours devant l'organe de régulation le 20 août 2021 pour solliciter l'intervention de ce dernier, en vue de la correction des mesures discriminatoires contenues dans la Demande de Renseignements et de Prix, objet de son recours.

II- SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS DE LA SOCIETE « BENOTECH ING »

Considérant les dispositions de l'article 25 alinéa 1er du décret n°2020-605 du 23 décembre 2020 fixant les règles et modalités de mise en œuvre des procédures de sollicitation de prix selon lesquelles : *« La gestion des différends en matière de sollicitation de prix obéît aux règles suivantes (…) pour toutes les réclamations soulevées après la notification de l'attribution du marché, le soumissionnaire doit saisir l'autorité contractante dans un délai n'excédant pas les deux (2) jours ouvrables qui suivent la notification des résultats » ;*

Considérant que l'alinéa 3 de ce même article dispose que : *« En l'absence de toute décision rendue par l'autorité contractante dans un délai de deux (2) jours ouvrables à compter de sa saisine, le*

candidat ou le soumissionnaire peut saisir l'Autorité de Régulation des marchés publics dans les jours qui suivent » ;

Qu'au regard des dispositions de l'article 117 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 qui fixent, pour les contestations relatives aux marchés publics relevant des seuils de passation, le délai de saisine de l'ARMP à deux (2) jours ouvrables après l'expiration du délai imparti à l'autorité contractante, en cas de contestation née d'une sollicitation de prix, *« les jours qui suivent » et prescrits par l'alinéa 3 de l'article* 25 alinéa 1er du décret n°2020-605 du 23 décembre 2020 précité, ne peuvent excéder deux (2) jours ouvrables ;

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

- le recours préalable devant l'autorité contractante ou son supérieur hiérarchique constitue une condition substantielle de recevabilité de recours devant l'ARMP ;
- l'exercice du recours préalable devant l'autorité contractante ou son supérieur hiérarchique et le recours devant l'ARMP sont enfermés dans des délais dont l'inobservance est sanctionnée par l'irrecevabilité ;

Considérant que dans le cas d'espèce, la DRP a été lancée le 10 août 2021 tandis que le recours préalable de la société « BenoTech Ing» a été exercé devant la PRMP de l'ATDA-ZC (Pôle 5) le jeudi 19 août 2021 ;

Que la réponse de la PRMP de l'ATDA-ZC (Pôle 5) au recours préalable de la société « BenoTech Ing » est intervenue le vendredi 20 août 2021 ;

Que non satisfaite de la réponse de la PRMP de l'ATDA-ZC (Pôle 5),la société « BenoTech Ing » a saisi l'Autorité de Régulation des Marchés Publics le vendredi 20 août 2021 ;

Qu'ainsi, la société « BenoTech Ing» a exercé son recours dans les conditions de forme et de délai requises ;

Qu'il y a lieu de déclarer ledit recours recevable.

III- DISCUSSION:

A- MOYENS DU DIRECTEUR GENERAL DE LA SOCIETE « BENOTECH ING » :

En appui de son recours, le Directeur Général de la société « BenoTech Ing », fait valoir ce qui suit :

a- *« le dossier d'avis d'appel à concurrence mentionne en son point 4-b.i les exigences aux soumissionnaires d'avoir au moins deux (02) expériences de construction de magasins ou ouvrages similaires en nature et en montant ou plus complexes au cours des cinq dernières années (2016,2017,2018,2019 et 2020), attestés par les autorités contractantes (administration publiques, société ou offices d'Etat ou mixtes, représentations ou organisation internationales au Bénin) « valables pour chacun des trois lots » ; alors que les infrastructures objet de la procédure sont construites au Bénin aussi bien par les structures privées que publiques*

notamment les ONGs nationales, les coopératives de producteurs, des associations de producteurs, des entreprises privées ainsi que par l'administration publique. Ce critère qui ne prend en compte que les expériences avec les services publics et les représentations ou organisations internationales, est discriminatoire à la libre concurrence et limitatif de la liberté d'accès à la commande publique au regard respectivement de l'article 1er tiret 35 et de l'article 7 fixant les principes fondamentaux de la commande publique au regard et impératifs des autorités contractantes de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin. Il écarte abusivement, de ce fait une frange importante de PME qualifiées et riches en expériences avec les structures privées et limite leur accès à la commande publique.

b- *Cette discrimination est contraire à la définition de maître d'ouvrage suivant le tiret 35 de l'article 1er de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin.*

c- *L'ARMP a d'ailleurs rendu par le passé plusieurs décisions pour permettre aux PME qui ont des expériences prouvées avec le secteur privé de ne pas être exclues de la commande publique par des exigences discriminatoires.*

d- *A la page 47 de la DRP Type, le calcul de la capacité financière à exiger est décrit comme suit : « mentionner un montant correspondant à deux (02) mois de facturation de travaux pour le marché ». il ressort de cette inscription que le montant de la capacité financière pourrait être le montant estimé pour le marché divisé par le nombre de mois prévus pour l'exécution, le résultat trouvé multiplié par deux (02) car il s'agit selon la formule de s'assurer de la capacité du soumissionnaire à fonctionner pendant deux (02) mois sans solliciter l'avance de démarrage. Dans le cas d'espèce, le montant prévisionnel étant de 84.000.000 FCFA TTC pour les six (06) magasins à construire, on peut déduire que la construction par lot reviendrait à 28.000.000 FCFA TTC. Ce montant sera divisé par le nombre de mois prévus pour la réalisation et multiplié par deux afin d'avoir le montant prévisible de la capacité financière. Or, le montant mentionné dans le dossier d'appel à concurrence comme capacité financière est largement supérieur à ce que prévoit la DRP Type. Ainsi, l'accès semble réservé aux grandes entreprises.*

Sur la base de tout ce qui précède, la société « BenoTech Ing » formule son recours devant l'organe de régulation afin que l'égalité de traitement des soumissionnaires soit préservée à travers la correction des mentions discriminatoires contenues dans le dossier d'appel à candidature ».

B- MOYENS DE LA PERSONNE RESPONSABLE DES MARCHES PUBLICS DE L'AGENCE TERRITORIALE DE DEVELOPPEMENT AGRICOLE DU ZOU ET DU COUFFO (POLE 5) :

En réponse à la requête du Directeur Général de la société « BenoTech Ing », la Personne Responsable des Marchés Publics de l'Agence Territoriale de Développement Agricole du Zou et du Couffo (Pôle 5) apporte les clarifications suivantes :

1- *« Le critère : « avoir au moins deux (02) expériences en constructions de magasins ou ouvrages similaires en nature et en montant ou plus complexes au cours des cinq dernières*

années (2016,2017,2018,2019 et 2020), attestés par les autorités contractantes (administration publiques, société ou offices d'Etat ou mixtes, représentations ou organisation internationales au Bénin) justifiées par les attestations de bonne fin d'exécution et/ou procès –verbal de réception provisoire ou définitive appuyées par la photocopie de la page de garde et de signataire du marché » est un critère de « l'annexe A-2 : pièces essentielles pour la qualification » de la DRP Type mise à la disposition par le législateur, donc s'impose à tous les acteurs de la chaine de passation par conséquent à toute Personne Responsable des Marchés Publics conformément aux dispositions du décret n°602-2020 du 23 décembre 2020 portant approbation des documents types de passation des marchés publics en République du Bénin en son article 2, « les documents types prévus à l'article 1er de ce décret sont utilisés lors de la passation en République du Bénin ».

Ce critère n'est donc pas discriminatoire car institué par le législateur.

2- *J'ai donc agi conformément à la loi 2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin.*

3- *Par ailleurs, le dossier d'appel à concurrence est non seulement validé par l'organe de contrôle compétent mais a aussi reçu l'avis de non objection du partenaire technique et financier avant son lancement ».*

IV- CONSTATS ISSUS DE L'INSTRUCTION :

Il ressort des pièces du dossier examiné, les constats ci-après :

- **Constat 1 : Sur les exigences de la DRP**

Au point 4.b.i des IC, il est fait obligation aux soumissionnaires « d'avoir au moins deux (02) expériences de construction de magasins ou ouvrages similaires en nature et en montant ou plus complexes au cours des cinq dernières années (2016,2017,2018,2019 et 2020), attestés par les autorités contractantes (administration publiques, société ou offices d'Etat ou mixtes, représentations ou organisation internationales au Bénin) ».

- **Constat 2 : Sur le montant exorbitant de la capacité financière**

Au point 4.c.ii de l'avis d'appel public à candidature, il est exigé des soumissionnaires : « justifier qu'il a accès à des financements tels que les avoirs liquides, avoirs non grevés, lignes de crédit d'un montant de vingt millions (20.000.000) FCFA pour le lot 1 ; trente-deux millions (32.000.000) FCFA pour le lot 2 et dix millions (10.000.000) FCFA pour le lot 3.

Les montants prévisionnels des différents lots de ce marché sont respectivement de :

- vingt-huit millions (28.000.000) FCFA pour le lot 1 ;
- quarante-deux millions (42.000.000) FCFA pour le lot 2 ;
- quatorze millions (14.000.000) FCFA pour le lot 3.

Le délai d'exécution étant de trois (03) mois.

Suivant les dispositions de la DRP type des travaux, la capacité financière exigible pour chaque lot correspond au « montant de deux mois de facturation de travaux pour le marché. On pourra pour cela diviser le montant estimé du marché par le nombre de mois du délai d'exécution, et multiplier par 2 ; l'objectif étant de s'assurer que l'entrepreneur disposera suffisamment de liquidités pour (pré)financer les travaux dans l'attente de recevoir les paiements de l'autorité contractante, en faisant abstraction du montant de l'avance de démarrage ».

V- ANALYSE DU RECOURS

Il résulte des faits, des moyens des parties et constats issus de l'instruction que le recours de la société « BenoTech Ing » porte sur :

- la régularité des critères d'expériences exigés dans la DRP ;
- la régularité de capacité financière exigée dans la DRP.

A- SUR LA REGULARITE DES CRITERES D'EXPERIENCES EXIGES DANS LA DRP ET JUGES DISCRIMINATOIRES

Considérant les dispositions de l'article 58 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 selon lesquelles *« Tout candidat qui possède des capacités techniques et des capacités financières nécessaires à l'exécution d'un marché public ainsi que l'expérience de l'exécution de contrat analogue peut participer aux procédures de passation de marchés publics. Les capacités techniques ou financières requises doivent reposer sur des critères objectifs suffisamment définis dans le dossier d'appel à concurrence au sens des articles 59 et 60 de la présente loi » ;*

Considérant qu'au terme de l'article 59 de la même loi *« D'autres spécifications peuvent être exigées à condition qu'elles soient dûment motivées par les caractéristiques du marché et approuvées par l'organe de contrôle des marchés publics compétent. En tout état de cause, l'organe de contrôle doit veiller à ce que les autres justifications de capacité technique visées à l'alinéa précédent n'aient aucun caractère exclusif ou discriminatoire (…) » ;*

Considérant que dans le cas d'espèce, la société « BenoTech Ing » conteste le point 4.b.i de l'avis d'appel public à candidature de marché qui fait obligation aux soumissionnaires « *d'avoir au moins deux (02) expériences de construction de magasins ou ouvrages similaires en nature et en montant ou plus complexes au cours des cinq dernières années (2016,2017,2018,2019 et 2020), attestés par les autorités contractantes (administration publiques, société ou offices d'Etat ou mixtes, représentations ou organisation internationales au Bénin)* » ;

Qu'à l'analyse, la prise en considération exclusive des attestations délivrées par les autorités contractantes du secteur public ou des représentations ou ONGs internationales ne se justifie pas car :

- le législateur a reconnu la qualité d'autorités contractantes à certaines personnes morales de droit privé et de ce fait, les attestations de bonne fin d'exécution délivrées par ces dernières

dans le cadre des marchés qu'elles ont passées pour le compte de l'administration publique, peuvent être prises en compte ;

- la DRP type des marchés de travaux a prévu la prise en compte des prestations similaires non seulement auprès de l'administration publique mais aussi auprès de « toutes autres personnes morales de droit privé pour les (insérer le nombre d'expériences similaires) dernières années » (voir annexe A-2 page 163, contrairement à ce qu'affirme la PRMP de l'ATDA-ZC Pôle 5) ;
- certaines structures privées, personnes morales de droit privé, des ONGs ou des groupements villageois, n'ayant pas la qualité d'autorité contractante peuvent avoir réalisé réellement des ouvrages similaires ou de plus grande envergure par des opérateurs économiques, leur donnant ainsi des expériences en la matière ;

Qu'ainsi, la prise en considération uniquement des attestations délivrées par les autorités contractantes du secteur public ou des représentations ou ONGs internationales excluent certains soumissionnaires capables de réaliser les travaux, objet de la Demande de Renseignements et de Prix qui ont eu des expériences effectives dans l'exécution des marchés similaires ou plus importants ;

Que prendre en compte uniquement les attestations délivrées par les autorités contractantes de droit public et ou des représentations ou ONGs internationales, est effectivement discriminatoire et limite l'accès à ce marché public à tous les candidats qui ont eu des expériences avec d'autres personnes morales de droit privé ;

Que pour des raisons de sécurité, on ne saurait certes étendre ces expériences à n'importe quelle structure privée notamment celles qui ne sont pas des personnes morales ayant une certaine notoriété ;

Que l'expérience professionnelle requise en l'espèce peut être donc acquise aussi bien auprès des autorités contractantes de droit public, de droit privé, des ONGs et représentations internationales ainsi que d'autres personnes morales de droit privé ayant réalisé des marchés similaires en termes de complexité, de nature et de montant ;

Que pour s'assurer de la véracité des expériences présentées par les soumissionnaires et déclarées acquises auprès de toutes les structures, qu'elles soient publiques ou privées, la PRMP de l'ATDA-ZC (pôle 5) a la latitude de leur écrire pour demander la confirmation de l'authenticité des attestations de bonne fin d'exécution et même d'aller vérifier physiquement l'existence réelle des ouvrages avant d'attribuer le marché ;

Qu'en cas de fausses attestations présentées, elle doit transmettre les dossiers de ces soumissionnaires à l'ARMP pour des mesures disciplinaires ;

Qu'au regard de ce qui précède, les critères d'expériences exigés dans cette DRP sont irréguliers ;

Que c'est à bon droit que la société « BenoTech Ing » fustige leurs caractères discriminatoires.

B- SUR LES CRITERES DE LA CAPACITE FINANCIERE EXIGES DANS LA DRP

Considérant qu'au sens de l'article 60 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 : *« La justification de la capacité financière du candidat est constituée par une ou plusieurs des références suivantes : « (...) des déclarations appropriées de banques ou organismes financiers habilités (...)* » ;

Considérant que dans le cas d'espèce, la société « BenoTech Ing » juge exhortant le montant de la capacité financière exigé au point 4.c.ii de l'avis d'appel public à candidature à savoir :*« justifier qu'il a accès à des financements tels que les avoirs liquides, avoirs non grevés, lignes de crédit d'un montant de vingt millions (20.000.000) FCFA pour le lot 1 ; trente-deux millions (32.000.000) FCFA pour le lot 2 et dix millions (10.000.000) FCFA pour le lot 3* »;

Considérant que la DRP type travaux a prévu dans les formulaires de soumission à sa page 21,la formule suivante : montant prévisionnel du marché X délai d'exécution / 2 mois applicable pour déterminer la capacité financière exigible afin de permettre au titulaire du marché de commencer les travaux sans attendre forcément que les premières factures ou même l'avance de démarrage soient payées ;

Que les montants prévisionnels des lots de ce marché sont respectivement de vingt-huit millions (28.000.000) FCFA pour le lot 1 ; quarante-deux millions (42.000.000) FCFA pour le lot 2 et quatorze millions (14.000.000) FCFA pour le lot 3 ;

Que le délai d'exécution des travaux étant de trois (03) mois, la capacité financière exigible en raison des montants prévisionnels devrait respectivement être de dix-huit millions six cent soixante-six mille six cent soixante-six (18.666.666) susceptibles d'être arrondis à 18 700 000 francs CFA pour le lot 1 ; vingt-huit millions (28.000.000) francs CFA pour le lot 2 et neuf millions trois cent trente-trois mille trois cent trente-trois (9.333.333) susceptible d'être arrondis à 9 400 000 francs CFA pour le lot 3 ;

Qu'ainsi, les montants de la capacité financière exigés par lot dans cette DRP sont irréguliers ;

Que la société « BenoTech Ing » est donc fondée à les contester.

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

DECIDE :

Article 1er : Le recours de la société « BENOTECH ING» est recevable.

Article 2 : Le recours de la société « BENOTECH ING» est fondé.

Article 3 : La PRMP de l'ATDA du Zou et du Couffo (Pôle 5) intègre les corrections nécessaires au dossier de la Demande de renseignements et de prix n°020/T_DAI_778921/ATDA-ZC/PRMP/SP-PRMP du 10 août 2021 relative à la construction de magasins et d'infrastructures connexes (lots 1, 2 et 3) en tenant compte des observations de la société « BenoTech Ing ».
Elle relance ladite procédure et rend compte à l'ARMP dans un délai de cinq (05) jours ouvrables au maximum à compter de la réception de la présente décision.

Article 4 : La présente décision sera notifiée :

- au Directeur Général de la société « BENOTECH ING» ;
- à la Personne Responsable des Marchés Publics de l'Agence de l'Agence Territoriale de Développement Agricole du Zou et du Couffo (Pôle 5) ;
- au Directeur départemental du contrôle des marchés publics du Zou et des Collines ;
- aux Préfets des départements de Zou et du Couffo ;
- 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.

Le Président

Séraphin AGBAHOUNGBATA

(Président de laCRD)

Conseiller CRD

Gilbert Ulrich TOGBONON

(Membre de la CRD)

Derrick BODJRENOU

(Membre de la CRD)

Le Secrétaire Permanent

Ludovic GUEDJE

Secrétaire Permanent Par intérim de l'ARMP (rapporteur)