DECISION N° 2021-98/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA DU 26 OCTOBRE 2021

COMMISSION DE REGLEMENT DES DIFFERENDS (CRD)

AFFAIRE N°2021-98/ARMP-SA/2938-2944
SOCIETE « HAVILA BDELLIUM ET FILS » ET « IRORA ZARA SARL »

CONTRE

AGENCE TERRITORIALE DE DEVELOPPEMENT AGRICOLE DE L'OUEME, DE L'ATLANTIQUE, DU LITTORAL ET DU MONO (POLE 7)

1- **DECLARANT RECEVABLES ET FONDES LES RECOURS DES SOCIETES « HAVILA BDELLIUM ET FILS » ET « IRORA ZARA SARL » CONTRE L'AGENCE TERRITORIALE DE DEVELOPPEMENT AGRICOLE OUEME-ATLANTIQUE-LITTORAL-MONO (POLE 7) DANS LE CADRE DU DOSSIER D'APPEL D'OFFRES N°026/MAEP/ATDA-OALM/PRMP/S-PRMP DU 19 JUILLET 2021 ET SON ADDENDUM N°1 RELATIF A L'ACQUISITION DE HUIT CENT QUARANTE (840) TONNES D'ALIMENTS POISSONS AU PROFIT DES PISCICULTEURS A UN PRIX SUBVENTIONNE DE 35% ;**

2- **ORDONNANT LA REPRISE DE LA PROCEDURE EN ELIMINANT L'OFFRE DE LA SOCIETE « AFRICAN AGRO FISH ».**

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°2020-605 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 °092/H-BDF/DG/SA du 07 octobre 2021, enregistrée au secrétariat administratif de l'ARMP sous le numéro 2938 du 07 octobre 2021 portant recours de la Société « HAVILA BDELLIUM ET FILS » ;

Vu la lettre sans numéro en date du 08 octobre 2021, enregistrée au secrétariat administratif de l'ARMP sous le numéro 2944 du 07 octobre 2021 portant recours de la Société « IRORA ZARA SARL » ;

Vu les courriers échangés entre l'ARMP, l'Agence Territoriale de Développement Agricole (ATDA) Pôle 7 et les requérants dans le cadre de l'instruction de ce dossier ;

Ensemble les pièces du dossier,

Les membres de la Commission de Règlement des Différends (CRD) 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 Oredolla Sinani GABA, Francine AÏSSI HOUANGNI et monsieur Martin Vihoutou ASSOGBA, réunis le mardi 26 octobre 2021 ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

I- LES FAITS

L'Agence Territoriale de Développement Agricole de l'Ouémé, de l'Atlantique, du Littoral et du Mono (Pôle 7) a lancé le 19 juillet 2021, le Dossier d'appel d'offres n°026/MAEP/ATDA-OALM/ PRMP/S-PRMP du 19 juillet 2021 et son addendum n°1 relatif à l'acquisition de huit cent quarante (840) tonnes d'aliments poissons au profit des pisciculteurs à un prix subventionné de 35%, auquel ont pris part les soumissionnaires et les offres reçues dans ce cadre ont été ouvertes le 11 août 2021.

Après l'évaluation et la notification des résultats aux soumissionnaires, les sociétés « HAVILA BDELLIUM ET FILS » et « IRORA ZARA SARL » ont formulé des recours gracieux devant la PRMP/ATDA (Pôle 7).

N'ayant pas reçu satisfaction aux recours gracieux, les sociétés « HAVILA BDELLIUM ET FILS » et « IRORA ZARA SARL » ont formulé leur recours devant l'Autorité de Régulation des Marchés Publics car ils supposent que l'attributaire provisoire n'a pas fourni tous les documents exigés par le DAO et devrait, par conséquent être éliminé.

Ainsi, se basant sur la qualité de leurs dossiers, ils souhaitent un arbitrage de l'ARMP aux fins du réexamen de leurs dossiers.

II- SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS DES SOCIETES « HAVILA BDELLIUM ET FILS » ET « IRORA ZARA SARL »

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 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, les sociétés « HAVILA BDELLIUM ET FILS » et « IRORA ZARA SARL » ont reçu la notification des résultats de l'appel d'offres le vendredi 1er octobre 2021 ;

Que lesdites sociétés ont toutes deux exercé leurs recours le mardi 05 octobre 2021 et ont obtenu la réponse de la PRMP/ATDA le mercredi 06 octobre 2021 ;

Que non satisfaites de la réponse de la Personne Responsable des Marchés Publics de l'Agence Territoriale de Développement Agricole de l'Ouémé, de l'Atlantique, du Littoral et du Mono (Pôle 7), elles ont saisi l'Autorité de Régulation des Marchés Publics le jeudi 7 octobre 2021 par lettre n°092/H-BDF/DG/SA du 07 octobre 2021, enregistrée au secrétariat administratif de l'ARMP sous le numéro 2938 du 07 octobre 2021 pour la société « HAVILA BDELLIUM ET FILS » et lettre sans numéro en date du 08 octobre 2021, enregistrée au secrétariat administratif de l'ARMP sous le numéro 2944 du 07 octobre 2021 pour la société « IRORA ZARA SARL » ;

Qu'au regard de ce qui précède, les recours des sociétés « HAVILA BDELLIUM ET FILS » et « IRORA ZARA SARL » ont été exercés dans les conditions de forme et délai requises ;

Qu'il y a lieu de déclarer lesdits recours recevables.

III- DISCUSSION :

A- MOYENS DE LA SOCIETE « HAVILA BDELLIUM ET FILS »

A l'appui de son recours, la société « HAVILA BDELLIUM ET FILS » conteste le rejet de son offre pour les raisons suivantes :

a- *« Par correspondance en date du 1er octobre 2021, la PRMP nous a notifié le rejet de notre offre au motif que notre « offre n'est pas économiquement la plus avantageuse selon les exigences du DAO qui tiennent au moins disant » ;*

b- *Le même jour, le rapport d'évaluation des offres a été demandé à la PRMP qui n'a pas cru devoir répondre dans les délais impartis ;*

c- *Par notre recours en date du 5 octobre 2021, nous avons manifesté notre opposition à l'attribution provisoire dudit marché à la société « AFRICAN AGRO FISH » qui, suivant la fiche d'ouverture signé par notre représentant et tous les participants, n'avait pas fourni le contrat formel de représentation exigé au point 7 alinéa 3 de l'avis d'appel d'offres qui stipule que : « être le représentant d'une marque d'aliments poissons commercialisée au Bénin et le prouver par un contrat formel entre l'entreprise productrice et sa structure » ; Or, cette pièce est une exigence de qualification et donc est éliminatoire ;*

d- *Les explications de la PRMP ne nous ont pas convaincu car, à l'ouverture des offres, l'assistant de la PRMP a lu les documents produits par la société AFRICAN AGRO FISH, attributaire provisoire en lieu et place du contrat avec une société de fabrication et il s'agit des conditions de livraison des aliments que tout acheteur peut imprimer sur le site des fabricants ;*

e- *Sur la fiche d'ouverture des offres, la société AFRICAN AGRO FISH, attributaire provisoire n'a pas fourni le contrat ;*

f- *Le prix proposé par la société AFRICAN AGRO FISH, attributaire provisoire est anormalement bas ;*

g- *Le refus catégorique de la PRMP de nous mettre à disposition le rapport d'évaluation des offres, laisse présager de doutes sur la transparence de la procédure et confirme la violation des principes.*

Sur la base de tout ce qui précède, la société « HAVILA BDELLIUM ET FILS » formule son recours devant l'organe de régulation afin que justice lui soit rendue ».

B- MOYENS DE LA SOCIETE « IRORA ZARA SARL »

Le représentant de la société « IRORA ZARA SARL » conteste le rejet de son offre et avance les arguments suivants :

2- *Or, en réponse à la demande de justification de l'offre de la société « IRORA ZARA SARL » comme étant anormalement basse, non seulement toutes les qualifications (CV, attestations et diplômes) ont été fournies pour justifier l'expérience du personnel proposé mais aussi les documentations et accords avec deux structures de fabrication d'aliments poissons ; ce qui justifie la compétitivité du prix proposé par la société « IRORA ZARA SARL » ;*

3- *Les expériences similaires contenues dans le CV du Directeur Technique peuvent en outre, être prises en compte ;*

4- *Conformément au point 7 alinéa 3 de l'appel à candidature du DAO, le contrat de représentation avec le fabricant d'aliments poissons est une pièce éliminatoire or, la fiche d'ouverture datée et signée par tous les participants à l'ouverture des offres, montre clairement que la société « AFRIAN AGRO FISH », attributaire provisoire n'a pas fourni ledit contrat ;*

5- *En lieu et place du contrat avec le fabricant, la société AFRICAN AGRO FISH a téléchargé et imprimé une convention de livraison sur internet ;*

6- *Attribuer provisoirement le marché à la société « AFRICAN AGRO FISH » montre qu'il y a une violation du principe de transparence et d'égalité de traitement des candidats ;*

7- *En comparant l'offre de société « IRORA ZARA SARL » avec celle de la société « AFRICAN AGRO FISH », on se rend compte que l'offre de la société « IRORA ZARA SARL » est économiquement plus avantageuse pour l'Etat ».*

C- MOYENS DE LA PERSONNE RESPONSABLE DES MARCHES PUBLICS DE L'AGENCE TERRITORIALE DE DEVELOPPEMENT AGRICOLE DE L'OUEME, DE L'ATLANTIQUE, DU LITTORAL ET DU MONO (POLE 7) :

En réponse aux requêtes des sociétés **« HAVILA BDELLIUM ET FILS » et « IRORA ZARA SARL »**, la Personne Responsable des Marchés Publics de l'Agence Territoriale de Développement Agricole de l'Ouémé, de l'Atlantique, du Littoral et du Mono (Pôle 7) apporte les clarifications suivantes :

a) « les moyens soutenus par la société « HAVILA BDELLIUM ET FILS » ne sont pas fondés aux motifs suivants :

a.1- *Il avait été mentionné non fourni (NF) pour le soumissionnaire « AFRICAN AGRO FISH » au niveau du contrat de représentation avec le fabricant d'aliments poissons malgré l'intervention de son représentant à l'ouverture des offres qui a tenu à porter à l'attention de l'assistance qu'il y a une pièce qui, sans porter l'intitulé de contrat tenait lieu de contrat de représentation. Après les discussions, il a été retenu que la séance d'ouverture n'est pas encore celle d'évaluation et que la commission analysera la pièce indiquée à l'évaluation pour savoir l'importance qu'il convient de lui accorder ;*

commission analysera la pièce indiquée à l'évaluation pour savoir l'importance qu'il convient de lui accorder ;

a.2- *après analyse dudit document par la commission d'ouverture et d'évaluation, cette pièce peut valablement représenter un contrat avec le fabricant d'aliments poissons. Ainsi, la société « AFRIAN AGRO FISH » a été déclarée attributaire provisoire ;*

a.3- *une offre anormalement basse n'est pas systématiquement écartée. En suivant la procédure décrite dans le DAO, la société « AFRICAN AGRO FISH » a justifié son prix ;*

a.4- *la commission d'ouverture et d'évaluation des offres a procédé à l'évaluation des offres dans les règles de l'art et conformément aux dispositions du code des marchés publics.*

b) les moyens soutenus par la société « IRORA ZARA SARL » ne sont pas fondés aux motifs suivants :

b.1 *« votre offre de soumission ne comporte pas l'équivalence de diplôme du Directeur Technique et ne permet pas de retracer ses deux années d'expériences à la tête d'une structure d'aquaculture comme l'exigent les dispositions de l'IC 5.1 des Données Particulières de l'Appel d'Offres » ;*

b.2- *la demande d'éclaircissement sur le montant de l'offre du soumissionnaire « IRORA ZARA SARL » ne se rapporte pas à l'équivalence de diplôme de son Directeur Technique ni aux expériences professionnelles de ce dernier.*

b.3- *pour ce qui concerne la non production d'un contrat formel avec un fabricant par la société « AFRICAN AGRO FISH » dans son offre, le représentant dudit soumissionnaire a fait remarquer à l'ouverture des offres de la présence d'un document qui, quoique ne comportant pas à l'entête, contrat, fait office d'un contrat. D'ailleurs, lors de l'ouverture, le président de la commission avait dit qu'il revenait à la Commission d'Ouverture et d'Evaluation des offres d'apprécier le contenu des documents à l'étape de l'évaluation. C'est ainsi qu'à l'évaluation, la commission a analysé le document et l'a reconnu comme un contrat ;*

b.4- *en dépit de la confidentialité qui est censée entourée les travaux de la commission, seul le soumissionnaire « IRORA ZARA SARL » sait comment il a obtenu certaines informations et certains détails des débats lors de l'évaluation ».*

IV- CONSTATS ISSUS DE L'INSTRUCTION

Considérant qu'au point 5.1. des IC, au niveau de la qualification des candidats admis à concourir : *« Tout candidat qui possède des capacités techniques et des capacités financières nécessaires à l'exécution du marché ainsi que l'expérience du contrat analogue peut participer à la procédure de passation. Les conditions de qualification doivent être établies en conformité avec les articles 59 et 60 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant Code des marchés publics en République du Bénin »* ;

Le point 5.2 mentionne que : *« les candidats doivent justifier de leurs capacités techniques en fournissant des documents qui comprennent : a) la description des moyens matériels, b) la description des moyens humains, c) les références techniques… »* ;

Qu'en nota bene du point 7 des IC, il est mentionné : « *les diplômes obtenus à l'étranger sans équivalence au Bénin ne sont pas pris en compte pour l'évaluation des offres* ».

De même au point 7 des capacités techniques et expériences de l'Avis d'appel d'offres, il est fait obligation aux soumissionnaires : « être une entreprise régulièrement autorisée dans l'importation d'aliments poissons, objet du présent avis et prouvée par le registre de commerce et la carte d'importateur ; être le représentant d'une marque d'aliment poissons commercialisés au Bénin et le prouver par un contrat formel entre l'entreprise productrice et sa structure ; avoir l'autorisation du fabricant dans l'exécution du présent marché ;…… »

V- <u>ANALYSE DU RECOURS</u> :

Des faits, des moyens des parties et des constats issus de l'instruction, il ressort que les recours des sociétés « HAVILA BDELLIUM ET FILS » et « IRORA ZARA SARL » portent d'une part, sur la conformité de l'offre de la société « IRORA ZARA SARL » et d'autre part, sur la régularité de l'attribution du marché à la société « AFRICAN AGRO FISH ».

Considérant qu'au point 5.1. des IC, au niveau de la qualification des candidats admis à concourir : « *Tout candidat qui possède des capacités techniques et des capacités financières nécessaires à l'exécution du marché ainsi que l'expérience du contrat analogue peut participer à la procédure de passation. Les conditions de qualification doivent être établies en conformité avec les articles 59 et 60 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant Code des marchés publics en République du Bénin* » ;

Le point 5.2 mentionne que : « *les candidats doivent justifier de leurs capacités techniques en fournissant des documents qui comprennent : a) la description des moyens matériels, b) la description des moyens humains, c) les références techniques…* » ;

Qu'en nota bene du point 7 des IC, il est mentionné : « *les diplômes obtenus à l'étranger sans équivalence au Bénin ne sont pas pris en compte pour l'évaluation des offres* ».

Considérant que dans le cas d'espèce, la société « IRORA ZARA SARL » n'a fourni dans son offre, ni l'équivalence du diplôme de son Directeur Technique, ni la preuve que son Directeur Technique réunit deux ans d'ancienneté dans une fonction similaire ;

Considérant les stipulations de l'article 74 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin qui disposent : « *Les offres de base des soumissionnaires doivent être conformes aux dispositions du dossier d'appel à concurrence (…)* » ;

Qu'à l'ouverture des offres, la société « AFRICAN AGRO FISH », attributaire provisoire n'a pas produit dans son offre, un contrat formel avec un fabricant ;

Qu'en lieu et place dudit contrat, la société « AFRICAN AGRO FISH » a produit un autre document qui ne mentionne nulle part qu'il s'agit d'un contrat entre elle et le fabricant, la société BioMar SAS ;

Que par ailleurs le document produit par la société « AFRICAN AGRO FISH » ne mentionne ni les quantités à livrer ni les prix à payer et que ledit document n'engage aucunement le fabricant et ne saurait être substitué à un contrat avec le fabricant ;

Que de façon formelle, le fabricant, la société BioMar SAS a délivré à la société « AFRICAN AGRO FISH » une autorisation de fabricant ;

Qu'en lieu et place du document produit par la société « AFRICAN AGRO FISH » dans son offre, il aurait pu avoir un contrat formel portant non seulement sur les produits aliments poissons à livrer mais aussi sur les quantités et les prix ;

Qu'il ne revient pas à la commission d'ouverture et d'évaluation des offres de déduire que le document produit par la société « AFRICAN AGRO FISH » peut se substituer à un contrat avec le fabricant, la société BioMar SAS.

Que le contrat avec le fabricant est un critère de qualification et donc éliminatoire en cas de non production ;

Qu'ainsi, la Commission d'Ouverture et d'Evaluation des offres ne peut modifier les exigences du dossier d'appel d'offres et déduire qu'un document qui n'en est pas un, peut faire office d'un contrat avec le fabricant ;

Qu'au regard de tout ce qui précède, qu'aussi bien l'offre de la société « IRORA ZARA SARL » et celle de la société « AFRICAN AGRO FISH » doivent être déclarées non conformes ;

Sans perdre de vue que l'attribution provisoire également est irrégulière ;

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

DECIDE :

Article 1er : Le recours des sociétés « HAVILA BDELLIUM ET FILS » et « IRORA ZARA SARL » sont recevables et fondés, en ce que l'attribution provisoire est irrégulière ;

Article 2 : L'attribution provisoire du marché à la société « AFRICAN AGRO FISH » n'est pas régulière ;

Article 3 : La Personne Responsable des Marchés Publics de l'Agence Territoriale de Développement Agricole de l'Ouémé, de l'Atlantique, du Littoral et du Mono (Pôle 7) reprend les évaluations en éliminant également l'offre de la société « AFRICAN AGRO FISH » pour non-conformité ;

Article 4 : La présente décision sera notifiée :

- au Directeur de la société « HAVILA BDELLIUM ET FILS » ;
- à la Gérante de la société « IRORA ZARA SARL » ;
- à la Personne Responsable des Marchés Publics de l'Agence Territoriale de Développement Agricole de l'Ouémé, de l'Atlantique, du Littoral et du Mono (Pôle 7) ;
- au Directeur Général de l'Agence Territoriale de Développement Agricole de l'Ouémé, de l'Atlantique, du Littoral et du Mono (Pôle 7) ;
- 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 laCRD)

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 Par intérim
de l'ARMP (rapporteur)