



AVIS N° 2022-013/ARMP/PR-CR/CRD/CD/SP/DRAJ/SA DU 03 MARS 2022

SUR L'APPLICATION DE LA CLAUSE 6 ALINEA 2 DU CONTRAT N°001/2021/PAC/DG/DPSOII/DFC/DSI/DSPRMP DU 14 JANVIER 2021 RELATIF A LA PRESTATION D'ASSISTANCE INFORMATIQUE DU PROGICIEL ORACLE JD EDWARDS AU PORT AUTONOME DE COTONOU (PAC) ET CONFIRMATION DE L'AVIS DEFAVORABLE DE LA DIRECTION NATIONALE DE CONTRÔLE DES MARCHES PUBLICS (DNCMP) RELATIVE A LA DEMANDE D'AUTORISATION DE RENOUVELLEMENT DUDIT CONTRAT

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° 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° 2020-595 du 23 décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) ;
- Vu le décret n° 2020-596 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 la décision n° 2021/08/PR/ARMP/S-PR/SP/SA du 27 juillet 2021 portant désignation du Secrétaire permanent par intérim 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°214/2021/PAC/DG/DPRMP/DEMP/SAE du 08 février 2022, enregistrée au Secrétariat administratif de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) le 08 février 2022 sous le numéro 0208-2022, la Personne Responsable des Marchés Publics (PRMP) du Port Autonome de Cotonou (PAC) a saisi l'ARMP d'une demande d'éclaircissement pour le renouvellement du contrat relatif à la prestation d'assistance informatique du progiciel Oracle JD EDWARDS ;

Que dans sa requête, la PRMP du PAC expose que pour un meilleur fonctionnement du progiciel Oracle JD Edwards mis en place au niveau de la Direction Générale du Port Autonome de Cotonou, un contrat d'assistance pour couvrir les besoins d'accompagnement sur ce

projet a été signé avec la société GFI SOMAFOR au terme d'une demande de renseignements et de prix le 14 janvier 2021 ;

Qu'elle souligne que ledit contrat prévoit son renouvellement en son article 6 qui stipule que : *« Le délai d'exécution du présent marché est compris entre cent un (101) et cent vingt-cinq (125) jours en discontinu au plus sur une année à compter de la date de notification de l'ordre de service de démarrage des prestations après approbation dudit marché. Le présent contrat de marché est renouvelable une (01) seule fois après évaluation concluante des prestations par les services compétents du PAC »* ;

Qu'elle poursuit que la commission d'évaluation mise en place par note de service n°073/2022/PAC/DG/DPRMP/DEMP/SAE du 17 janvier 2022 a jugé satisfaisantes les prestations réalisées et a recommandé le renouvellement dudit contrat à l'issue de l'évaluation des différents rapports des activités réalisées par la société GFI SOMAFOR ;

Qu'elle informe aussi que la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics (DNCMP), saisie d'une demande d'autorisation de renouvellement dudit contrat, a donné un avis défavorable au motif que le contrat conclu le 14 janvier 2021 comporte une clause de renouvellement contrairement aux dispositions de la loi 2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics qui ne prévoient pas de renouvellement ;

Que d'une part, considérant les éléments ci-après :

- l'article 6 du contrat prévoit son renouvellement une fois après évaluation satisfaisante ;
- la commission mise en place pour l'évaluation a recommandé ce renouvellement ;
- le décret n°2020-599 du 23 décembre 2020 fixant les seuils de passation, de sollicitation de prix, de dispense et de contrôle des marchés publics, au point 3 du 4^{ème} alinéa de l'article 2, dispose : *« La valeur estimée des marchés de fournitures ou de services donnant lieu à des livraisons ou à des réalisations répétées de biens ou services est égale à la valeur de l'ensemble des fournitures ou des services correspondant aux besoins estimés pour la durée du marché ou pour une année si cette durée est supérieure à un (01) an ou est renouvelable »* ;
- les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ;
- le contrat est la loi des parties, non parce que la loi l'estime utile ou juste, jusqu'à ce qu'elle décide le contraire, mais parce que la promesse faite et reçue est le mode de formation de l'obligation le plus naturellement humain et universel ;
- la DNCMP a donné un avis défavorable pour le renouvellement du contrat ;

Que d'autre part, vu que le contrat n'a prévu aucune autorisation d'un organe de contrôle avant son renouvellement si l'évaluation est concluante, et que le besoin d'accompagnement sur JD Edwards est toujours d'actualité et qu'il faut le satisfaire en urgence, elle sollicite l'ARMP pour savoir si le PAC peut procéder au renouvellement du contrat concerné ;

Considérant les dispositions de l'article 131 alinéa 2 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin selon lesquelles : *« Les marchés publics dont la procédure de passation a été initiée avant l'entrée en vigueur de celle-ci,*

demeurent soumis aux règles en vigueur au moment de la passation et sont soumis à la présente loi pour leur exécution » ;

Considérant que l'avis de Demande de Renseignements et de Prix (DRP) n°018/2020/PAC/DG/DPSOI/DCAIT/DSI/DSPRMP du 28 juillet 2020 a été lancé le 28 juillet 2020 et le contrat avec la société GFI SOMAFOR signé le 14 janvier 2021 ;

Qu'ainsi la procédure de passation de ce marché a été régie par les dispositions de la loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin, mais que son exécution est soumise à celles de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 ;

Qu'aucune disposition de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 ne prévoit la conclusion de contrat renouvelable, mais plutôt des accords-cadres pouvant s'étendre à trois (3) ans ;

Qu'à supposer que c'est la loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 qui soit applicable à l'exécution de ce marché, il devrait s'agir clairement d'un marché de clientèle en application de l'article 44 alinéas 1 et 2 de cette loi qui dispose : « *L'autorité contractante peut recourir au marché de clientèle pour la fourniture de tout ou partie de certaines catégories de prestations de service.*

Le renouvellement du marché de clientèle est soumis à l'autorisation de la Direction nationale de contrôle des marchés publics » ;

Que ledit contrat, en stipulant en son article 6 entre autres que « *Le présent contrat de marché est renouvelable une (01) seule fois après évaluation concluante des prestations par les services compétents du PAC* », n'est pas conforme aux dispositions légales en vigueur au moment de la conclusion dudit contrat, notamment celles de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 ;

Que par conséquent, une telle stipulation contractuelle aurait dû être déclarée irrégulière, dans la mesure où elle n'est fondée sur aucune disposition légale ou réglementaire en vigueur en matière de marchés publics en République du Bénin ;

Mais considérant que la DNCMP qui devrait assurer le contrôle de la régularité et de la conformité des dispositions du projet de ce contrat à la réglementation en vigueur lors de l'examen juridique et technique dudit contrat avant sa signature et son approbation, n'avait pas relevé ces non-conformités ;

Qu'en omettant de relever lesdites non-conformités ou irrégularités contenues dans le contrat qu'elle avait validé, il est inopportun qu'elle revienne évoquer les réserves fondées sur cette clause pour s'opposer à un renouvellement du contrat alors que ledit contrat avait prévu les modalités de son renouvellement et qu'il y a lieu de tenir compte de l'urgence dans laquelle se trouve l'autorité contractante ;

Qu'en soutenant que « *le contrat légalement formé tient lieu de loi entre les parties* », la PRMP du PAC occulte certes, le vice qui entache ladite clause du fait qu'elle méconnaît les nouvelles dispositions applicables en la matière, mais elle est excusable du fait que l'organe de contrôle compétent n'avait pas perçu à temps cette non-conformité au cours de l'examen juridique et technique du projet du contrat avant sa signature et son approbation ;

Considérant que les réserves émises par la DNCMP sont de nature à remettre en cause non seulement les clauses visées mais également tout le contrat ; qu'une telle position n'est pas de nature à sauvegarder l'intérêt national au regard de ce que ledit contrat a déjà été exécuté avec satisfaction pendant douze (12) mois avant que ne se pose le problème de son renouvellement ;

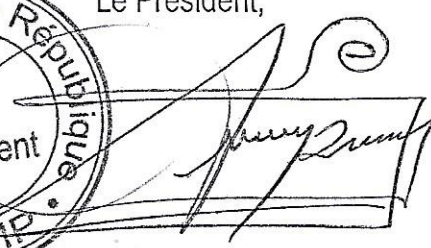
Considérant que la faute ou l'erreur évoquée et qui sous-tend la réserve de la DNCMP est imputable aussi bien à la PRMP qu'à la DNCMP qui ont manqué à leur devoir de vigilance et d'attention respectivement lors de la rédaction et du contrôle des clauses dudit contrat ;

Considérant qu'il est de règle que « *nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude* », qu'à l'analyse, l'organe de contrôle ne peut opposer ses réserves en évoquant des clauses qu'il a pourtant validées lui-même lors de son examen de conformité à la réglementation ;

EN CONSEQUENCE, EMET L'AVIS CI-APRES :

1. la clause de renouvellement prévue par l'article 6 du contrat n°001/2021/PAC/DG/DPSOI/DFC/DSI/DSPRMP du 14 janvier 2021 relatif à la prestation d'assistance informatique du progiciel Oracle JD Edwards au Port Autonome de Cotonou (PAC) est certes irrégulière mais la DNCMP ne peut l'évoquer pour s'opposer au renouvellement du contrat ;
2. l'avis défavorable de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics (DNCMP) à la demande de renouvellement du contrat n°001/2021/PAC/DG/DPSOI/DFC/DSI/DSPRMP du 14 janvier 2021 relatif à la prestation d'assistance informatique du progiciel Oracle JD Edwards au Port Autonome de Cotonou (PAC) doit être revu ;
3. la Personne Responsable des Marchés Publics (PRMP) du Port Autonome de Cotonou (PAC) prend toutes les dispositions nécessaires pour faire assurer les prestations objet du contrat concerné, vu leur importance et l'urgence de leur mise en œuvre, et ce, dans le strict respect des textes législatifs et réglementaires en vigueur en matière de commande publique.

Le Président,



Séraphin AGBAHOUNGBATA