



COMMISSION DE REGLEMENT
DES DIFFERENDS (CRD)

AFFAIRE N° 2022-067/ARMP/SA/0830-22
RECOURS DE L'ETABLISSEMENT « OTAB
DED »
CONTRE
COMMUNE DE OUIDAH

DECISION N° 2022-067/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA DU 10 JUIN 2022

- 1- DECLARANT RECEVABLE ET MAL FONDE LE RECOURS DE L'ETABLISSEMENT « OTAB DED » CONTRE LA COMMUNE DE OUIDAH DANS LE CADRE DE LA PROCEDURE DE L'APPEL D'OFFRES OUVERT N°T_ST_59292 DU 14 MARS 2022 RELATIF A LA CONFECTION DE HUIT CENT (800) FOSSES AU CIMETIERE MUNICIPAL DE VASSEHO.
- 2- ORDONNANT LA POURSUITE DE LA PROCEDURE SUSMENTIONNEE.

**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°2020-596 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°2020-598 du 23 décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Direction Nationale 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 le décret n°2022-144 du 23 février 2022 portant nomination du Secrétaire Permanent de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics ;
- Vu le bordereau sans numéro en date du 19 mai 2022, enregistré au secrétariat administratif de l'ARMP le même jour sous le numéro 0830-22, par lequel l'Etablissement « OTAB DED » a saisi l'ARMP de son recours ;
- Vu les courriers échangés entre la Commune de Ouidah et l'ARMP dans le cadre de l'instruction dudit recours ;

Ensemble les pièces du dossier, 



Les membres de la Commission de Règlement des Différends que sont : monsieur Séraphin AGBAHOUNGBATA, Président ; monsieur Derrick BODJRENOU ; ainsi que les membres de la Commission Disciplinaire : mesdames Carmen Sinani Oredolla GABA, Francine AISSI HOUANGNI et monsieur Martin Vihoutou ASSOGBA, réunis en session à Grand-Popo, le 10 juin 2022 ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

I- LES FAITS

La Commune de Ouidah a lancé l'appel d'offres ouvert n°5/064/CO/PRMP/CCMP/SP-PRMP du 24 mars 2022 relatif à la confection de huit cent (800) fosses au cimetière municipal de Vassého auquel huit (08) soumissionnaires ont pris part, dont l'établissement « OTAB DED ».

Au terme des travaux de la commission d'ouverture et d'évaluation des offres, l'établissement « OTAB DED » a reçu notification du rejet de son offre pour avoir été anormalement basse nonobstant les justifications dudit établissement.

Non convaincu des motifs de rejet de son offre, l'établissement « OTAB DED » a formulé un recours administratif devant la PRMP de la Commune de Ouidah auquel ce dernier n'a pas accédé favorablement.

Confiant de l'intérêt économique de son offre pour la commune de Ouidah et réfutant le mécanisme de mise en œuvre de la formule de détection de l'offre anormalement basse, le Promoteur de l'établissement « OTAB DED » a saisi l'organe de régulation afin de se faire rétablir dans ses droits.

II- SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS DE L'ETABLISSEMENT « OTAB DED »

Considérant les dispositions de l'article 116 alinéa 1^{er} 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 la Personne responsable des marchés publics 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 la Personne responsable des marchés ou son supérieur hiérarchique constitue une condition substantielle de recevabilité de recours devant l'ARMP ;



- l'exercice du recours préalable devant la Personne responsable des marchés ou son supérieur hiérarchique et de celui devant l'ARMP, sont enfermés dans des délais dont l'inobservance est sanctionnée par l'irrecevabilité de la requête ;

Considérant que dans le cas d'espèce, l'Etablissement « OTAB DED » a reçu la notification des résultats de cette mise en concurrence le vendredi 06 mai 2022 par *lettre* n°5/156/CO/PRMP/SP-PRMP du 06 mai 2022 ;

Qu'il a exercé son recours préalable le jeudi 12 mai 2022 par bordereau sans numéro en date du 09 mai 2022 auquel la PRMP de la commune de Ouidah a répondu le mardi 17 mai 2022 par *lettre* N°5/172/CO/PRMP/SP-PRMP du 17 mai 2022 ;

Que non convaincu de la réponse de la PRMP/Ouidah, l'établissement « OTAB DED » a saisi l'Autorité de Régulation des Marchés Publics le jeudi 19 mai 2022 par bordereau sans numéro en date du 19 mai 2022, enregistré au secrétariat administratif de l'ARMP le même jour sous le numéro 0830-22 ;

Qu'au regard de ce qui précède, le recours de l'établissement « OTAB DED » a été exercé dans les conditions de forme et de délai requises pour être recevable ;

Qu'il y a lieu de déclarer ledit recours recevable et de l'examiner quant au fond.

III- DISCUSSION

A- MOYENS DE L'ETABLISSEMENT « OTAB DED »

A l'appui de son recours, le gérant de l'établissement « OTAB DED » expose les faits suivants :

- *« La Personne Responsable des marchés Publics de la Commune de Ouidah lui a adressé une première lettre de justification de prix à laquelle elle a répondu sans un retour de sa part jusqu'à la notification de non attribution du marché à son entreprise. Il a reçu avec grand étonnement la lettre de non attribution car selon lui, sa réponse de justification de prix sans suite de la part de la commune signifie qu'elle est convaincue de la réponse ;*
- *il a démontré à la PRMP que ce motif est fallacieux et pas du tout objectif pour éliminer son offre qui s'est retrouvée être économiquement la plus avantageuse après avoir prouvé qu'elle dispose des réserves de stocks de marchandises pouvant lui permettre d'exécuter sans faille ce marché. Son entreprise a été éliminée injustement car non seulement elle n'a pas reçu de réponse à sa lettre de justification mais la PRMP ne lui a pas permis de lui fournir d'autres preuves de sa capacité technique et financière à exécuter la prestation ;*
- *la PRMP a précisé dans sa lettre de réponse à sa lettre de recours que le montant M déterminé est de quarante-deux millions cent vingt-neuf mille neuf cent neuf (42 129 909) Francs CFA TTC, ce qui l'amène à dire que leur calcul de ce montant M n'est pas juste car pour bien déterminer ce montant, toutes les offres doivent être ramenées en montant Hors Taxe ;*
- *le dossier d'appel d'offres a précisé que la notification sera faite à l'entreprise dont l'offre sera évaluée économiquement la plus avantageuse et son entreprise remplit toutes les conditions car sa proposition de prix est meilleure, économique pour la commune et son entreprise répond à tous les critères de qualification ;*
- *Le marché est attribué à une société qui a proposé après correction du montant de sa proposition financière un montant de quarante-neuf millions cent seize mille trois cent vingt (49 116 320) FCFA TTC tandis que son entreprise a proposé après correction de son offre un montant de quarante-deux*




millions cent vingt-neuf mille neuf cent neuf (42 129 909) Francs CFA TTC. Cette différence d'argent de près de sept millions (7.000.000) FCFA pourrait faire autre chose pour les habitants de la commune de Ouidah ;

- il a envoyé une lettre de recours à laquelle la PRMP a répondu en lui fournissant sa base de calcul du montant (M) et le rapport d'évaluation des offres dans lequel il constate qu'ils n'ont plus considéré le montant corrigé de notre offre pour faire le calcul du montant (M) ;
- leur calcul est basé sur le montant lu à l'ouverture des offres et non le montant corrigé de son offre ;
- Si le montant corrigé de son offre était pris en compte, son montant est supérieur au montant (M) déterminé, donc son offre ne peut pas être présumé anormalement basse ;
- il a donc l'impression que la commission a cherché coûte que coûte un motif pour éliminer son offre évaluée économiquement la plus avantageuse ».

B- MOYENS DE LA PRMP DE LA COMMUNE DE OUIDAH

Pour justifier le bien fondé des motifs de rejet de l'offre de l'établissement « OTAB DED », la Personne Responsable des Marchés Publics de la Commune de Ouidah soutient ce qui suit :

- « le requérant évoque l'erreur présumée dans la détermination du montant minimum acceptable des offres (M) en raison de ce que toutes les offres devraient être ramenées en hors taxes avant tout calcul, étant donné que le montant prévisionnel du marché inscrit dans le plan de passation est en hors taxes ;
- la commission, en prenant dans la détermination du montant (M), les montants TTC des offres corrigées, a également tenu compte du montant prévisionnel TTC du marché ; ce qui fait que le montant (M) déterminé est comparé aux montants TTC des offres dont celle du requérant ;
- en ramenant donc toutes les offres corrigées en hors taxe ainsi que le montant prévisionnel du marché, le montant (M) à déterminer serait également comparé aux montants hors taxes des offres ; le choix de cette option aurait conduit alors au résultat suivant : $M = 0,8 (0,6 \times (45967200 + 40042400 + 45621600 + 45600000 + 41624000 + 33426271 + 42240000 + 44638600) / 8 + 0,4 \times 47980339 = 35\,703\,313 \text{ FCFA HT} ;$
- dans ces conditions, le montant TTC de l'offre du requérant étant de 39 443 000 FCFA, son montant hors taxes est de 33 426 271 FCFA. Comparé au montant (M) qui aurait été déterminé suivant l'option qu'il préconise, son offre serait toujours anormalement basse. Le passage d'un montant HT à un montant TTC n'étant qu'un jeu de pondération.
- Aussi le requérant dans sa réponse à la demande de justification de prix, n'a-t-il fourni aucun détail sur les prix unitaires dont justification lui a été demandée en se contentant de subordonner l'exécution des travaux objet du DAO à un recouvrement incertain de certaines dettes ; ce qui n'a donc pu permettre à la commission de faire une analyse structurelle desdits prix comme l'auraient recommandé les dispositions de l'article 81 alinéa 5 du code des marchés publics ensemble avec celles du point 33.5 des Instructions aux candidats ;
- par ailleurs, la commission en déterminant le montant de quarante-deux millions cent vingt-neuf mille neuf cent neuf (42 129 909) FCFA comme montant minimum acceptable (M) n'a pris en compte que les montants corrigés des offres en lice. Le montant de l'offre de « OTAB DED » lu à l'ouverture étant de trente-neuf millions quatre cent quarante-trois (39 443 000) FCFA TTC ; les vérifications arithmétiques de son offre n'ont révélé aucune erreur ; d'où la prise en compte du montant de son offre tel que proposé, dans la détermination du montant minimum acceptable. Il est surprenant que le requérant déclare qu'il n'a pas été tenu compte du montant corrigé de son offre pour la détermination du montant (M) ;



- l'attribution du marché conformément aux dispositions du point 39 des Instructions aux Candidats contenus dans le dossier d'appel d'offres, se fait au soumissionnaire dont l'offre aura été évaluée économiquement la plus avantageuse. L'on ne saurait se limiter au seul critère financier de l'offre pour l'attribution du marché ; auquel cas, on fera une attribution au moins disant ;

Elle conclut que le motif tiré par le requérant de l'écart entre son offre et celui de l'attributaire n'est donc pas valable au regard des dispositions de la loi et du dossier d'appel d'offres. Ainsi, déclarer l'offre de « OTAB DED » économiquement la plus avantageuse, serait une violation du code des marchés publics et des dispositions du DAO ».

IV- CONSTATS ISSUS DE L'INSTRUCTION

Deux constats se dégagent de l'instruction de ce recours.

Constat n°1 :

La formule de détermination de l'offre anormalement basse utilisée par la COE n'a pas tenu compte de celle prévue dans le DAO.

Constat n°2 :

L'offre financière de la requérante n'a pas été corrigée contrairement à celles d'autres soumissionnaires.

V- OBJET ET ANALYSE DU RECOURS

Des faits, des moyens des parties et des constats issus de l'instruction, il ressort que le recours de l'établissement « OTAB DED » porte sur la régularité du rejet de son offre, motif tiré du caractère anormalement bas de ladite offre.

SUR LA REGULARITE DU REJET DE L'OFFRE DE L'ETABLISSEMENT « OTAB DED », MOTIF TIRE DU CARACTERE ANORMALEMENT BAS DE LADITE OFFRE

Considérant les dispositions de l'article 81 alinéas 1 à 3 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 selon lesquelles : « Une offre est réputée anormalement basse si son prix ne correspond pas à une réalité économique compte tenu des prix du marché.

L'offre anormalement basse peut être déterminée à partir d'une formule de calcul inscrite dans le dossier d'appel à concurrence.

Si une offre s'avère anormalement basse, l'autorité contractante ne peut la rejeter par décision motivée, qu'après avoir demandé par écrit les précisions qu'elle juge opportunes et vérifié les justifications fournies » ;

Que le même article en son alinéa 5 dispose : « Après vérification des justificatifs fournis et notification des réserves qui établissent que l'offre est anormalement basse, la commission d'ouverture et d'évaluation (COE) la rejette » ;

Qu'en application des dispositions ci-dessus, la clause 33.5 des IC du dossier de l'appel d'offres de ce marché a prévu ce qui suit : « une offre anormalement basse est une offre qui, en tenant compte de sa portée, du mode de fabrication des produits, de la solution technique et du calendrier de réalisation, apparaît basse qu'elle soulève des préoccupations chez l'autorité contractante quant à la capacité du soumissionnaire à réaliser le marché pour le prix proposé. Une offre est présumée anormalement basse si elle est inférieure à

M. M étant obtenu en appliquant la méthode suivante : $M = 0,8 \times (0,6 \times F_m + 0,4 \times F_c)$ avec F_m = moyenne arithmétique des offres financières hors TVA ; $F_m = (P_1 + P_2 + P_3 + \dots + P_n)/N$ et F_c = l'estimation prévisionnelle hors TVA pour le lot considéré ; $P_1, P_2 \dots P_n$ = prix hors TVA corrigé d'erreurs et de rabais de l'offre 1, 2 ... n ; N = nombre d'offres corrigées d'erreurs et de rabais. Si le montant de l'offre est inférieur à M, l'autorité contractante devrait demander au soumissionnaire des éclaircissements par écrit... »

Considérant que dans le cas d'espèce, l'établissement « OTAB DED » conteste le rejet de son offre jugée anormalement basse ainsi que les modalités de calcul du montant M appliquées par la COE à cet effet, qui, au lieu des montants hors taxes, s'est plutôt basée sur des montants TTC ;

Que l'analyse des moyens des parties à la lumière de la réglementation en vigueur, révèle qu'en procédant ainsi, c'est-à-dire en utilisant les montants TTC pour déterminer le montant M en dessous duquel toute offre financière sera déclarée anormalement basse, la COE n'a pas respecté les prescriptions du DAO qui disposent que le calcul se fera avec les montants hors taxes ;

Que cependant, il convient de faire remarquer que même si la COE avait tenu compte des montants hors taxes, le résultat sera le même dans la mesure où il n'y a pas de mélange entre les montants TTC et les montants HT ;

Qu'à titre illustratif et pour preuve, considérant que les montants hors taxes des huit (8) soumissionnaires se présentent comme suit :

- DYNAMIC GROUP OF CONTRACTORS : 45 967 200 FCFA ;
- TRANSPARENCE SERVICE : 40 042. 400 FCFA ;
- DSID BENIN : 45 621 600 FCFA ;
- DUNIS PLUS : 45 600 000 FCFA ;
- LES DEUX F : 41 624 000 FCFA ;
- OTAB DED : 33 426 271 FCFA ;
- LEGEND GROUP SARL : 42 240 000 FCFA ;
- ATHOMS BUSINESS SARL : 44 638 600 FCFA.

Que le montant prévisionnel du marché est de quarante-sept millions neuf cent quatre-vingt mille trois cent trente-neuf (47 980 339) FCFA HT ;

Qu'ainsi, le calcul du montant M avec les montants hors taxes se présente comme suit : $M = 0,8 (0,6 \times (45 967 200 + 40 042 400 + 45 621 600 + 45 600 000 + 41 624 000 + 33 426 271 + 42 240 000 + 44 638 600)/8 + 0,4 \times 47 980 339 = 35 703 312$

Que ce montant M, est égal à trente-cinq millions sept cent trois mille trois cent douze (35 703 312) FCFA HT ;

Considérant que le montant de l'offre de l'établissement « OTAB DED » est de trente-trois millions quatre cent vingt-six mille deux cent soixante-onze (33 426 271) FCFA HT ;

Que ledit montant est inférieur au montant M déterminé, soit les trente-cinq millions sept cent trois mille trois cent douze (35 703 312) FCFA HT ;

Qu'ainsi, quelle que soit la nature des montants TTC ou HT permettant de déterminer le montant M, l'offre financière de l'établissement « OTAB DED » demeure toujours inférieure à M ;

Que n'ayant pas mélangé les montants HT et TTC pour calculer le montant M, la variable ne change pas dès lors que les montants utilisés pour le calcul, sont de même nature ;

Que toutefois, en respect des clauses du DAO, la COE devrait déterminer le montant M à partir des montants HT pour éviter tout débat ;

Que contrairement aux allégations de l'Etablissement « OTAB DED », son offre financière après correction s'élève à quarante-deux millions cent vingt-neuf mille neuf cent neuf (42 129 909) FCFA TTC, son offre n'a subi aucune correction, et, l'utilisation des montants TTC au lieu des montants HT par la COE n'a pas un impact préjudiciable sur le caractère anormalement bas de son offre

Considérant que le requérant fustige par ailleurs que le fait que la PRMP ne lui ait pas notifié son insatisfaction des preuves apportées avant de rejeter son offre et que son silence « *signifie qu'elle est convaincue de la réponse* » ; de même qu'il aurait été éliminé injustement parce la PRMP ne lui a pas permis de lui fournir d'autres preuves de sa capacité techniques et financière à exécuter le marché à ce prix ;

Qu'il convient de rappeler que les procédures de passation des marchés sont enfermées dans des délais et qu'une fois que la demande de justification de son offre lui a été adressée, il devrait fournir tous les éléments de réponses ainsi que les preuves à sa disposition, pouvant convaincre la COE sans s'attendre à une autre demande de justification ;

Qu'en lui notifiant la non attribution du marché après lui avoir permis d'apporter des justificatifs, la PRMP de la commune de Ouidah a bien appliqué les dispositions de l'article 81 en son alinéa 5 ; cela équivaut largement à la preuve de non satisfaction de ses éléments de réponse et lui ouvre des voies de recours ;

Qu'il serait fastidieux et contre performant d'échanger plusieurs écrits sur le même sujet entre un soumissionnaire et la PRMP, au mépris de la célérité des procédures tant recherchée, sauf si la COE de façon discrétionnaire, estime nécessaire d'autres informations complémentaires ;

Qu'en ne fournissant pas tous les éléments de réponses dont il dispose, le requérant n'a pas su exploiter l'occasion qui lui a été offerte et n'est pas fondé à s'attendre à une nouvelle demande d'informations complémentaires ;

Qu'au regard de tout ce qui précède, il y a lieu de conclure que le rejet de l'offre de l'établissement « OTAB DED » motif tiré de ce qu'elle est anormalement basse, est régulier.

PAR CES MOTIFS,

DECIDE :

Article 1^{er} : Le recours de l'établissement « OTAB DED » est recevable.

Article 2 : Le recours de l'établissement « OTAB DED » est mal fondé.

Article 3 : La suspension de la procédure de passation d'appel d'offres ouvert N°T_ST_59292 du 14 mars 2022 relatif à la confection de huit cent (800) fosses au cimetière municipal de Vassého, est levée.

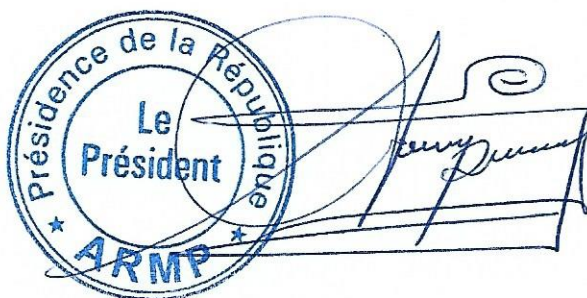
Article 4 : La présente décision sera notifiée :

- au Promoteur de l'établissement « OTAB DED » ;
- à la Personne Responsable des Marchés Publics de la Commune de Ouidah ;
- au Chef de la Cellule de Contrôle des Marchés Publics de la Commune de Ouidah ;
- au Secrétaire Exécutif de la Commune de Ouidah ;
- au Maire de la Commune de Ouidah ;



- au Préfet du département de l'Atlantique
- au Ministre de la Décentralisation et de la Gouvernance Locale ;
- 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.



Séraphin AGBAHOUNGBATA
(Président de la CRD)



Derrick BODJRENOU
(Membre de la CRD)



Ludovic GUEDJE
Secrétaire Permanent de l'ARMP
(Rapporteur de la CRD)