



DECISION N° 2022-092/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA DU 02 AOUT 2022

**COMMISSION DE REGLEMENT
DES DIFFERENDS (CRD)**

AFFAIRE N°2022-092/ARMP/SA/0652-22

**DIRECTEUR GENERAL DE LA SOCIETE
BENINOISE D'ENERGIE ELECTRIQUE**

CONTRE

**DIRECTION NATIONALE DE CONTRÔLE
DES MARCHES PUBLICS (DNCMP)**

- 1- DECLARANT NON-FONDE L'AVIS DEFAVORABLE DE LA DIRECTION NATIONALE DE CONTRÔLE DES MARCHES PUBLICS (DNCMP) SUR LA DEMANDE D'AUTORISATION D'AVENANT AU MARCHÉ N°0873/ME/DNCMP/SBEE/PRMP/CCMP/DRH DU 15 AVRIL 2021 RELATIF A LA SELECTION D'UN CONSULTANT POUR ACCOMPAGNER ET PILOTER LE PERSONNEL DE LA SBEE INTRODUITE PAR LE DIRECTEUR GENERAL DE LA SOCIETE BENINOISE D'ENERGIE ELECTRIQUE (SBEE)
- 2- ORDONNANT LA LEVEE DES RESERVES EMISES SUR LA PRISE D'UN AVENANT AU MARCHÉ SUSMENTIONNE PAR LA DIRECTION NATIONALE DE CONTRÔLE DES MARCHES PUBLICS (DNCMP)
- 3- PORTANT AUTOSAISINE DE L'ARMP EN MATIERE DISCIPLINAIRE

LA COMMISSION DE REGLEMENT DES DIFFERENDS, STATUANT EN MATIERE D'ARBITRAGE,

- 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 la lettre n°1158/22/SBEE/DG/DPAL/PRMP/CM/SP du 21 avril 2022 du Directeur Général de la Société Béninoise d'Energie Electrique (SBEE), enregistrée au Secrétariat administratif de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) le même jour sous le numéro 0652-22 et portant demande de médiation pour la conclusion d'un avenant ;

Ensemble les pièces du dossier ;

Les membres de la Commission de Règlement des Différends que sont : monsieur Séraphin AGBAHOUNGBATA, Président ; messieurs Gilbert Ulrich TOGBONON, Derrick BODJRENOU ; ainsi que les membres de la Commission Disciplinaire : madame Carmen Sinani Oredolla GABA, madame Francine AÏSSI HOUANGNI et Martin Vihoutou ASSOGBA ; réunis en session le mardi 02 août 2022 ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

I- LES FAITS

Par lettre n°2033/21/SBEE/DG/DPAL/PRMP/CM/CP du 14 décembre 2021, la Personne Responsable des Marchés Publics (PRMP) de la Société Béninoise d'Energie Electrique (SBEE) a sollicité de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics (DNCMP), une autorisation en vue de la prise d'un avenant au marché n°0873/ME/DNCMP/SBEE/PRMP/CCMP/DRH du 15 avril 2021 relatif à la sélection d'un consultant pour accompagner et piloter le personnel de la SBEE, conclu avec le cabinet « NEMANY TALENTS » pour un montant hors taxes de soixante-dix millions trois cent soixante-treize mille six cents (70 373 600) francs CFA, pour un délai d'exécution de six (06) mois. Ledit avenant devrait permettre de proroger le délai d'exécution dudit contrat pour une période de trois (03) mois supplémentaires.

Par son procès-verbal n°44-19/DNCMP/DC/2021 du 16 décembre 2021, la DNCMP a réservé son avis sur cette demande d'autorisation d'avenant, et a sollicité de la PRMP de la SBEE la justification de l'incidence financière induite par la prorogation du délai d'exécution.

Non satisfaite des justificatifs à elle notifiés par la PRMP de la SBEE suite à ses observations, la DNCMP a, une deuxième fois, réservé son avis. Dans son PV n°02/16/DNCMP/DC/2022 du 19 janvier 2022, elle a notamment demandé à la PRMP/SBEE, la production d'informations complémentaires afin de lui permettre une meilleure appréciation de l'incidence financière de l'avenant.

En définitive et suite à l'examen des informations complémentaires fournies par la PRMP de la SBEE, la DNCMP, dans son PV n°07/29/DNCMP/DC/2022 du 07 mars 2022, a donné un avis défavorable à la demande d'autorisation de l'avenant pour proroger le délai d'exécution dudit marché avec incidence financière et sans l'augmentation du volume des prestations.

Face à cette situation, le Directeur Général de la SBEE sollicite la médiation de l'ARMP auprès de la DNCMP afin qu'elle l'autorise à mener la procédure susmentionnée à terme et disposer du document contractuel (avenant) nécessaire pour permettre au cabinet NEMANY TALENTS de parachever sa mission.

II- SUR LA RECEVABILITE DE LA DEMANDE

Considérant les dispositions de l'article 10 du décret n°2020-597 du 23 décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement des Cellules de contrôle des marchés publics en République du Bénin selon lesquelles : « Les différends entre la personne responsable des marchés publics, la commission d'ouverture et d'évaluation des offres et la cellule de contrôle des marchés publics sont soumis à l'Autorité de régulation des marchés publics dans un délai de deux (2) jours ouvrables à compter de la date du désaccord. »

Les différends au sein de ces organes sont soumis à l'Autorité de régulation des marchés publics dans un délai de deux (2) jours ouvrables à compter de l'épuisement du délai de réponse du responsable de l'organe.

Lorsque le différend concerne la personne responsable des marchés publics, la commission d'ouverture et d'évaluation des offres et/ou la cellule de contrôle des marchés publics, l'initiative de la saisine est prise par la personne responsable des marchés publics.

Dans le cas où le différend concerne l'un quelconque des autres organes visés au présent alinéa, la saisine de l'Autorité de régulation des marchés publics relève de son premier responsable » ;

Que la mention de la Commission d'ouverture et d'évaluation, qui est un organe de passation des marchés, indique qu'il s'agit de différends nés entre les organes à la phase de la passation des marchés publics ;

Considérant qu'en matière d'exécution, les différends entre organes de gestion du contrat ou de suivi de l'exécution et de contrôle de l'exécution ne sont pas encadrés par des dispositions spécifiques quant aux conditions de forme et de délai relatives à leur recevabilité devant l'ARMP ;

Que dans le cas d'espèce, le désaccord entre la SBEE et la DNCMP est relatif à l'autorisation d'un avenant, ce qui fait la preuve de ce que ledit désaccord est intervenu à la phase de l'exécution du marché en cause ;

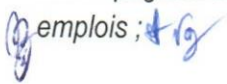
Qu'en application des dispositions de l'article 5 point 13 du décret n°2020-595 du 23 décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'autorité de régulation des marchés publics selon lesquelles le Conseil de Régulation peut : *« prendre, conformément aux dispositions du code des marchés publics, les décisions relatives au règlement des contentieux de la passation et de l'exécution des marchés publics ainsi qu'aux sanctions proposées dans le cadre de la violation de la législation et de la réglementation en matière de la commande publique »* ;

Qu'en conséquence, la demande de médiation du Directeur Général de la SBEE est assimilable à une demande d'arbitrage à la phase contractuelle, qu'elle est donc recevable.

III- DISCUSSION

A- MOYENS DU DIRECTEUR GENERAL DE LA SOCIETE BENINOISE D'ENERGIE ELECTRIQUE (SBEE)

Dans sa correspondance n°1158/22/SBEE/DG/DPAL/PRMP/CM/SP du 21 avril 2022, le Directeur Général de la SBEE soutient la nécessité de l'avenant sollicité aux motifs que :

- « dans le cadre des réformes engagées à la SBEE, qui s'orientent entre autres vers la recherche d'une gestion optimale des ressources humaines dont l'une des conséquences sera la suppression de postes et la réduction des effectifs actuels, la SBEE a élaboré un programme dénommé « Carrefour Carrière » pour offrir aux agents qui seront démobilisés, un accompagnement dans leurs nouveaux domaines d'activités ou de recherche de nouveaux emplois ; 

- le cabinet NEMANY TALENTS, une société de droit ivoirien et dont le siège se trouve à Abidjan (Côte d'Ivoire), a été identifié pour accompagner la SBEE dans la réalisation de ce programme, pour une période de six (06) mois ;
- au cours de la mise en œuvre de ce programme, certaines directions n'ont pas pu mettre à temps à la disposition du cabinet les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission. La sollicitation d'un avenant audit marché pour proroger le délai d'exécution du contrat pour une période de trois (03) mois supplémentaires vise à permettre de parachever cette mission ;
- le cabinet NEMANY est un cabinet étranger qui a déployé son personnel pour s'installer dans le cadre de la mission qui lui a été assignée par la SBEE. L'achèvement de ladite mission nécessite un délai complémentaire de trois (03) mois qui induit pour le cabinet, des charges complémentaires de fonctionnement, bien que la masse des prestations n'ait pas changé. C'est bien ce qui justifie l'incidence financière induite par cette prorogation de délai ;
- la SBEE est confrontée à la nécessité de poursuivre et de parachever le programme susmentionné. Cela nécessite la présence des membres du cabinet NEMANY TALENTS au Bénin, entraînant pour ceux-ci des charges auxquelles la SBEE devra faire face ».

B- MOYENS EXTIRPES DES PROCES-VERBAUX DE LA DIRECTION NATIONALE DE CONTRÔLE DES MARCHES PUBLICS (DNCMP)

A l'appui de ses réserves et de son avis défavorable pour la prise d'un avenant à ce marché de gré à gré en vue de la prorogation de son délai d'exécution de trois (3) mois et une incidence financière de 22% du montant du marché, la DNCMP développe dans ses trois (03) PV successifs, les moyens ci-après :

➤ « 1^{er} PV : avis réservé

« La masse des prestations n'ayant pas changé, l'autorité contractante devra justifier l'incidence financière induite par la prorogation du délai d'exécution, vu que le marché de base est un contrat au forfait ».

➤ 2^{ème} PV : avis réservé

« Pour une meilleure appréciation de l'incidence financière de l'avenant, l'autorité contractante devra joindre au dossier la proposition financière initiale du cabinet, la liste des activités restantes, la liste du personnel nécessaire pour achever la mission ainsi que leur temps d'intervention, et les autres coûts liés à l'achèvement de la mission ».

➤ 3^{ème} PV : avis défavorable

« L'autorité contractante justifie la prise de l'avenant au motif que certaines directions de la SBEE n'ont pas mis à temps à la disposition du cabinet NEMANY TALENTS, les éléments d'informations nécessaires dont ce dernier a besoin pour parachever sa mission.

Ce dysfonctionnement relève de la responsabilité de l'autorité contractante et prouve que les prestations qui n'ont pas été réalisées ne peuvent expliquer la prise d'un avenant d'une incidence financière de

15 482 192 francs CFA hors taxes équivalant au quart du montant du marché de base (70 373 600) francs CFA hors taxes.

En effet, la prise de cet avenant ne permet pas de se conformer aux dispositions de l'article 23 du code des marchés publics en vigueur au Bénin qui précisent que « la nature et l'étendue des besoins doivent être déterminées avec précision par l'autorité contractante avant tout appel à concurrence ou procédure de négociation par entente directe. Les marchés publics conclus par l'autorité contractante doivent avoir pour objet exclusif de répondre aux besoins de l'autorité contractante ».

IV- CONSTATS ISSUS DE L'INSTRUCTION

Il ressort de l'instruction de ce dossier, les constats ci-après :

◆ Constat n°1

La mission du cabinet NEMANY TALENTS, objet du marché n°0873/ME/DNCMP/SBEE/PRMP/CCMP/DRH du 15 avril 2021 relatif à la sélection d'un consultant pour accompagner et piloter le personnel de la SBEE, n'est pas encore achevée.

◆ Constat n°2

Le motif évoqué par la DNCMP à l'appui de son avis défavorable ne cadre pas avec les faits ayant nécessité la sollicitation de l'autorisation d'avenant.

◆ Constat n°3

La PRMP de la SBEE n'a pas réuni toutes les informations nécessaires auprès de ses directions techniques avant de délivrer l'ordre de service au titulaire du marché.

V- OBJET ET ANALYSE DE LA DEMANDE D'ARBITRAGE

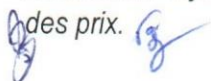
Des faits, des moyens des parties et des constats issus de l'instruction, il ressort que le désaccord entre la PRMP/SBEE et la DNCMP porte sur l'avis défavorable pour la prise de l'avenant sollicité par la SBEE.

SUR LA REGULARITE DE L'AVIS DEFAVORABLE POUR LA PRISE DE L'AVENANT SOLLICITE

Considérant les dispositions de l'article 1^{er} de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin aux termes desquelles l'avenant est défini comme : « acte contractuel modifiant certaines clauses du marché de base pour l'adapter à des événements survenus après sa signature » ;

Considérant également les dispositions de l'article 100 alinéas 1, 2 et 3 de la même loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 selon lesquelles : « Les stipulations relatives au montant d'un marché public ne peuvent être modifiées que par voie d'avenant et dans la limite d'une augmentation de trente pour cent (30%) de la valeur totale du marché de base »

L'avenant est adopté et notifié selon la même procédure d'examen que le marché de base. Il ne peut modifier ni l'objet du marché, ni le titulaire du marché, ni la monnaie de règlement, ni la formule de révision des prix.



La passation d'un avenant est soumise à l'autorisation de la direction nationale de contrôle des marchés publics » ;

Considérant que dans le cas d'espèce :

- l'avenant sollicité par la SBEE est relatif au délai d'exécution ;
- le délai supplémentaire de trois (03) mois sollicité induit une augmentation de 22 % du montant de base du marché initial ;
- l'autorisation de la DNCMP est requise ;

Que l'examen des faits de la cause révèle que l'avenant sollicité respecte les dispositions de l'article 100 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 citées supra ;

Considérant que l'avis défavorable de la DNCMP, repose sur le motif selon lequel : « (...) *La prise de cet avenant ne permet pas de se conformer aux dispositions de l'article 23 du code des marchés publics en vigueur au Bénin qui précisent que « La nature et l'étendue des besoins doivent être déterminés avec précision par l'autorité contractante avant tout appel à concurrence ou procédure de négociation par entente directe. Les marchés publics conclus par l'autorité contractante doivent avoir pour objet exclusif de répondre aux besoins de l'autorité contractante » ;*

Qu'un tel motif incrimine la mauvaise détermination des besoins par l'autorité contractante comme cause de l'avenant sollicité ;

Que ce motif est en contradiction avec la propre observation de la DNCMP dans son 1^{er} PV. En effet, dans ledit procès-verbal, l'organe central de contrôle a fait l'observation selon laquelle : « *la masse des prestations n'ayant pas changé, l'autorité contractante devra justifier l'incidence financière (...), vu que le marché de base est un contrat au forfait* » ;

Qu'en effet, il se déduit d'une telle observation que l'organe national de contrôle a relevé elle-même que « *la masse des prestations n'a pas changé* », et donc, en d'autres termes, qu'il ne s'agit pas d'une mauvaise détermination de la nature ni de l'étendue des besoins, comme stipulée dans son avis défavorable ;

Que même s'il s'était agi d'une mauvaise détermination du besoin, cela n'aurait pas pu constituer un motif de refus d'autorisation d'un avenant, étant donné que le dernier alinéa de l'article 100 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 précise que : « *La variation dans la quantité des prestations s'effectuera dans les conditions définies par le cahier des clauses administratives générales* » ; ce qui signifie que l'avenant peut modifier l'étendue des besoins ;

Qu'en basant son refus d'autorisation dudit avenant sur la mauvaise détermination des besoins, la DNCMP n'a pris en compte, ni l'objet de l'avenant sollicité (le délai d'exécution), ni la nature du marché (prestation intellectuelle) ;

Qu'en effet, l'essentiel du coût d'un marché de prestations intellectuelles est fonction du délai d'exécution et du nombre de personnel affecté à la mission, que le marché soit au temps passé ou au forfait ;

Que le rallongement du délai d'exécution d'un tel marché devrait induire des coûts supplémentaires, d'autant plus que, comme elle l'a relevé elle-même, le dysfonctionnement ayant nécessité cette rallonge

de délai « est de la responsabilité de l'autorité contractante » et non imputable au titulaire du marché en cause ;

Qu'il y a lieu de déclarer non-fondé, le motif sous-tendant l'avis défavorable de la DNCMP à la demande d'autorisation sollicitée ;

Considérant par ailleurs que le marché concerné a pour objet l'accompagnement et le pilotage du personnel de la SBEE « afin d'offrir aux agents qui seront démobilisés, un accompagnement dans leurs nouveaux domaines d'activités ou de recherche de nouveaux emplois » ;

Qu'il se dégage de cet objet, le caractère hautement sensible et social dudit marché et, partant, l'impérieuse nécessité de le mener à terme ;

Considérant toutefois que la durée de la prorogation de délai sollicitée est de trois (03) mois supplémentaires alors que la durée d'exécution initiale du marché est de six (06) mois ;

Que dans sa correspondance citée supra, le Directeur Général de la SBEE justifie la nécessité de la prorogation du délai d'exécution par la non-production à temps au titulaire, des informations nécessaires, par certaines de ses directions techniques ;

Qu'il importe d'en déduire que les informations manquantes en question sont actuellement disponibles pour la poursuite de la mission du cabinet ;

Qu'il y a donc lieu :

- d'ordonner à la DNCMP de lever sa réserve et d'autoriser l'avenant à ce marché afin d'éviter des troubles sociaux ;
- de s'autosaisir en matière disciplinaire pour investiguer sur les raisons pour lesquelles la PRMP de la SBEE n'a pas cru devoir réunir toutes les informations nécessaires à l'exécution du marché avant l'établissement de l'ordre de service, ce qui a créé une dépense supplémentaire à l'autorité contractante et viole le principe d'économie et d'efficacité du processus d'acquisition.

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

DECIDE :

Article 1^{er} : L'avis défavorable de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics (DNCMP) sur la demande d'autorisation de prise d'un avenant introduite par la Société Béninoise d'Energie Electrique (SBEE), objet du procès-verbal n°07/29/DNCMP/DC/2022 du 07 mars 2022 de ladite Direction, n'est pas fondé.

Article 2 : La Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics (DNCMP) lève ses réserves sur la demande d'autorisation de la SBEE.

Article 3 : L'ARMP s'auto-saisit en matière disciplinaire sur la présomption de violation du principe d'économie et d'efficacité du processus d'acquisition dans le cadre de ce marché.

Article 4 : La présente décision sera notifiée : 



- au Directeur Général de la Société Béninoise d'Energie Electrique ;
- au Directeur National de Contrôle des Marchés Publics ;
- à la Personne Responsable des Marchés Publics de la Société Béninoise d'Energie Electrique ;
- au Chef de la Cellule de Contrôle des Marchés Publics de la Société Béninoise d'Energie Electrique ;
- au Ministre de l'Energie ;

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)




Gilbert Ulrich TOGBONON
(Membre de la CRD)




Derrick BODJRENOU
(Membre de la CRD)




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