



**COMMISSION DE REGLEMENT
DES DIFFERENDS**

**AFFAIRE N°2022-141/ARMP/SA/1799-22
ETABLISSEMENT « OTAB-DED »**

CONTRE

**MINISTERE DES ENSEIGNEMENTS
MATERNEL ET PRIMAIRE (MEMP)**

DECISION N° 2022-141/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA DU 02 NOVEMBRE 2022

- 1- DECLARANT RECEVABLE ET FONDE LE RECOURS DE L'ETABLISSEMENT « OTAB-DED » DANS LE CADRE DE L'APPEL D'OFFRES OUVERT NATIONAL N° T_JP6_63995 DU 08 JUILLET 2022 RELATIF AUX TRAVAUX DE REFECTION DES INFRASTRUCTURES SCOLAIRES AU PROFIT DU PROJET JAPON 6 ;**
- 2- ORDONNANT LA REPRISE DE L'EVALUATION DES OFFRES SUR LA BASE DE TOUS LES CRITERES D'EVALUATION ET DE QUALIFICATION PREVUS DANS LE DOSSIER D'APPEL D'OFFRES (DAO) ;**
- 3- PORTANT AUTO-SAISINE DE L'AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS EN MATIERE DISCIPLINAIRE.**

**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 de transmission sans numéro en date du 17 octobre 2022, enregistré au Secrétariat administratif de l'ARMP le même jour sous le numéro 1799-22, par lequel l'établissement « OTAB-DED » a formulé un recours contre le Ministère des Enseignements Maternel et Primaire (MEMP) ;
- Vu le bordereau des pièces adressées n°830/PRMP/MEMP/S-PRMP sans date, enregistrée au Secrétariat administratif de l'ARMP le 21 octobre 2022 sous le numéro 1835-22, par lequel la Personne Responsable des Marchés Publics (PRMP) du MEMP a transmis les informations complémentaires ;
- Vu la lettre n°229/PRMP/MEMP/S-PRMP non datée, enregistrée au Secrétariat administratif de l'ARMP le 21 octobre 2022 sous le numéro 1836-22 sous le numéro 1835-22, par laquelle la PRMP du MEMP a transmis son mémoire au sujet de la procédure concernée ;

Ensemble les pièces du dossier,

Les membres de la Commission de Règlement des Différends que sont : monsieur Séraphin AGBAHOUNGBATA, Président ; monsieur Gilbert Ulrich TOGBONON ; ainsi que les membres de la Commission Disciplinaire : mesdames Carmen Sinani Orédolla GABA, Francine AÏSSI HOUANGNI et monsieur Martin Vihoutou ASSOGBA, réunis en session le mercredi 02 novembre 2022 ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

I- LES FAITS

Le Ministère des Enseignements Maternel et Primaire (MEMP) a lancé, le 08 juillet 2022, l'avis d'appel d'offres n°003/PRMP/DCMP/S-PRMP relatif aux travaux de réfection des infrastructures scolaires au profit du projet Japon 6.

Au terme de l'évaluation des offres reçues dans le cadre de cette procédure, l'offre de l'établissement « OTAB-DED » a été rejetée au motif qu'elle n'est pas la moins disante.

S'estimant injustement évincé, l'établissement « OTAB-DED » a introduit auprès de la PRMP du MEMP, un recours en contestation du rejet de son offre et de l'attribution du marché au soumissionnaire « MZO ».

Mais ce recours gracieux a été déclaré irrecevable par la PRMP du MEMP pour avoir été exercé hors délai.

Non satisfait de cette forclusion, l'établissement « OTAB-DED » a saisi l'ARMP de son recours sollicitant l'annulation des décisions de rejet de son offre, l'attribution de ce marché et la reprise de l'évaluation sur la base des critères énoncés de façon précise dans le dossier d'appel d'offres.

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 portant code des marchés publics en République du Bénin 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 publics 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 publics 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 qu'en l'espèce, l'établissement « OTAB-DED » a reçu notification des résultats de l'appel d'offres, le jeudi 06 octobre 2022 ;

Qu'elle a formulé son recours en contestation du motif du rejet de son offre, le mercredi 12 octobre 2022, soit trois (03) jours ouvrables après la notification des résultats, la journée du 7 octobre 2022 étant fériée ;

Que la PRMP du MEMP a répondu à ce recours le vendredi 14 octobre 2022, soit deux (2) jours ouvrables à compter de sa saisine ;

Que non-satisfaite de la réponse de la PRMP du MEMP, l'établissement « OTAB-DED » a saisi l'ARMP le lundi 17 octobre 2022, soit un (1) jour ouvrable après la réception de la décision de la PRMP du MEMP ;

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 le déclarer recevable.

III- DISCUSSION

A- MOYENS DE L'ETABLISSEMENT « OTAB-DED »

Dans sa requête adressée à la PRMP du MEMP le 12 octobre 2022, l'établissement « OTAB-DED » conteste le rejet de son offre pour le lot 2 du marché en cause aux motifs suivants :

- 1) « l'entreprise MZO » a qui a été attributaire le marché n'a pas fourni le planning de mobilisation du personnel par site, ni le planning de mobilisation du matériel par site, ni le planning d'approvisionnement des matériaux par site, contrairement aux exigences de la clause IC 31.2 des Données Particulières de l'Appel d'Offres (DPAO) et de l'Annexe A-1-2 relatives à la liste des pièces nécessaires pour la conformité technique ;
- 2) l'offre de l'établissement « OTAB-DED » est celle qui vient après l'entreprise MZO et elle répond à tous les critères de qualification. Il faut donc réintégrer cette offre et lui attribuer le marché car elle est bien l'offre économiquement la plus avantageuse ;
- 3) l'article 10 du décret n°2020-601 du 23 décembre 2020 portant code d'éthique et de déontologie dans la commande publique qui précise que « l'analyse des offres et des propositions est réalisée sur des critères d'évaluation objectifs, tels qu'énoncé dans les dossiers d'appels à concurrence » a été violé.

En sus de ces motifs et suite à la réponse à son recours préalable, l'établissement « OTAB-DED », dans son mémoire adressé à l'ARMP, a également contesté l'irrecevabilité de son recours préalable pour forclusion prononcée par la PRMP du MEMP.

B- MOYENS DE LA PERSONNE RESPONSABLE DES MARCHES PUBLICS DU MINISTERE DES ENSEIGNEMENTS MATERNEL ET PRIMAIRE

Pour justifier le bien-fondé du choix de l'attributaire provisoire qui, selon le requérant, n'aurait pas fourni les différents plannings exigés, la PRMP du MEMP, dans son mémoire objet de la lettre n°229/PRMP/MEMP/S-PRMP enregistrée au Secrétariat administratif de l'ARMP le 21 octobre 2022, soutient que : 

« les plannings de mobilisation du matériel et d'approvisionnement de matériaux étaient dans l'offre de MZO. La commission s'attendait à voir plusieurs plannings, et compte tenu du nombre d'offres reçu, elle n'avait pas pu apprécier à l'ouverture. C'est à l'analyse qu'elle s'est rendue compte que les plannings étaient dans l'offre, valable pour tous les sites ».

Cependant, dans sa réponse au recours préalable de l'établissement « OTAB-DED », elle n'a pas apporté de réponse à cette allégation, ayant jugé ledit recours irrecevable pour avoir été exercé hors délai.

IV- CONSTATS ISSUS DE L'INSTRUCTION

De l'instruction de ce recours, il se dégage les constats suivants :

Constat n°1

L'entreprise MZO déclarée attributaire provisoire a produit dans son offre un planning d'exécution des travaux, un planning d'approvisionnement et un planning de mobilisation de personnels, pour l'ensemble du lot 2.

Cette présentation des plannings n'est pas conforme aux exigences de la clause IC 31.2 des DPAO et du point 3 de l'annexe A-1-2 du DAO (respectivement pages 61 et 73 du DAO).

Constat n°2

Il s'agit d'un appel d'offres ouvert, donc d'un marché relevant des seuils de passation, les dispositions des articles 116 et 117 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 et les stipulations de la clause 46 des Instructions aux Candidats (IC) du DAO sont applicables à la procédure en cause.

Constat n°3

La PRMP du MEMP n'a pas donné suite au recours préalable de l'établissement « OTAB-DED » au motif que ledit recours a été exercé hors délai, en se fondant sur le 2^{ème} tiret de l'article 25 du décret n°2020-605 du 23 décembre 2020 fixant les règles et modalités de mise en œuvre des procédures de sollicitation de prix.

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 :

- le défaut de conformité technique de l'offre de l'entreprise « MZO » ;
- la forclusion du recours préalable.

A. Sur le défaut de conformité technique de l'offre de l'entreprise « MZO »

Considérant les dispositions de l'article 74 alinéa 1^{er} de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin selon lesquelles : « Les offres de base des soumissionnaires doivent être conformes aux dispositions du dossier d'appel à concurrence » ;

Considérant que le point 3 de l'avis d'appel d'offres précise, à la page 6 du DAO mis à la disposition des candidats, les éléments constitutifs du lot 2 du marché en cause comme suit :

N° d'ordre	N° du lot	Département	Commune	Nom de l'école	Travaux à réaliser
1.	2	Zou	Abomey	EPP ZONGO	Réfection d'un module de trois (3) salles de classe avec bureau et magasin
2.		Atlantique	Abomey-Calavi	EPP WAWATA FANDJI/A (ZINVIE)	Réfection d'un module de trois (3) salles de classe avec bureau et magasin
3.		Plateau	Sakété	EPP ODAN REGOUN/A	Réfection d'un module de trois (3) salles de classe avec bureau et magasin
4.				EUC SAKETE	Réfection d'un module de trois (3) salles de classe avec bureau et magasin
5.		Ouémé	Avrankou	EPP TODEDI/B	Réfection d'un module de trois (3) salles de classe avec bureau et magasin

Que la clause IC 31.2 des Données Particulières de l'Appel d'Offres (DPAO), à la page 61 du DAO, indique, en sa dernière puce : « *Plannings : ils doivent être établis par infrastructure et par type d'équipement composant le lot et tenir dans le délai d'exécution fixé au DAO* » ;

Qu'en outre, le point 3 de l'annexe A-1-2 distingue, entre autres pièces nécessaires pour la conformité technique : « *Calendrier d'exécution des travaux par site (planning d'exécution, de mobilisation du personnel et d'approvisionnement de matériaux)* », avec mention en **nota bene** à la fin de ladite annexe que « *La non-production et/ou la non-conformité de ces pièces, à l'exception de l'attestation de visite de site, entraîne le rejet de l'offre* » ;

Qu'il résulte des dispositions sus rappelées que :

- le planning d'exécution, le planning de mobilisation du personnel et le planning d'approvisionnement de matériaux doivent être produits dans l'offre du soumissionnaire ;
- chacun de ces plannings doit être établi par infrastructure et produit par site ; ce qui signifie que pour le lot 2, le soumissionnaire doit fournir cinq (5) plannings d'exécution, cinq (5) plannings de mobilisation du personnel et cinq (5) plannings d'approvisionnement de matériaux, étant donné que ce lot comporte cinq (5) sites différents ;
- la non-production et/ou la non-conformité de ces plannings est sanctionnée par le rejet de l'offre.

Considérant qu'en l'espèce, l'entreprise « MZO », déclarée attributaire provisoire, a produit dans son offre un (1) planning d'exécution des travaux, un (1) planning d'approvisionnement et un (1) planning de mobilisation de personnels pour l'ensemble des sites du lot et non individuellement par site ;

Qu'une telle présentation des plannings, n'est pas conforme à celle prescrite par la clause IC 31.2 des DPAO et le point 3 de l'annexe A-1-2 du DAO et ne peut être validée qu'en méconnaissance des dispositions de l'article 74 alinéa 1^{er} de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 précitée ;

Que conformément au **nota bene** de cette annexe, l'offre de l'entreprise MZO aurait dû être écartée par la Commission d'Ouverture et d'Evaluation (COE) pour non-conformité technique ;

Considérant par ailleurs, les dispositions de l'article 7 alinéa 1^{er} de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 susvisée, relative à la transparence des procédures et à l'égalité de traitement des candidats

Qu'en application de ces dispositions légales, le décret n°2020-601 du 23 décembre 2020 portant code d'éthique et de déontologie dans la commande publique prescrit en son article 8 quelques implications du principe d'égalité de traitement des candidats ainsi qu'il suit :

« Au cours d'une procédure de mise en concurrence, les agents publics doivent fournir les mêmes informations aux soumissionnaires, fixer les mêmes délais à chaque candidat ou soumissionnaire et évaluer chaque offre selon les mêmes critères.

L'agent public doit de ce fait :

- 1. s'abstenir d'élaborer des critères spécifiques dans le seul but de favoriser un candidat déterminé ;*
- 2. fonder exclusivement la comparaison des offres sur des critères objectifs, exprimés en termes monétaires ou pondérés dans le cadre des marchés de prestations intellectuelles et connus des candidats et des soumissionnaires avant le dépôt de leurs candidatures et offres ;*
- 3. appliquer exclusivement dans la phase d'évaluation des offres, les critères définis au préalable dans les dossiers d'appel à concurrence » ;*

Qu'ainsi, l'évaluation des offres doit se baser uniquement sur tous les critères énoncés dans le dossier d'appel à concurrence ;

Que la non-application, par la COE, d'un critère pourtant prévu au DAO, en ce qui concerne l'offre de l'attributaire provisoire désigné, méconnaîtrait les dispositions légales et réglementaires ci-dessus citées ;

Qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu :

- d'annuler la décision d'attribution provisoire de ce marché à l'entreprise « MZO » ;
- d'ordonner la reprise de l'évaluation des offres en prenant en compte, tous les critères énoncés dans le DAO concerné.

B. Sur la forclusion du recours préalable de l'établissement « OTAB-DED »

Considérant qu'au sens de l'article 116 alinéa 1^{er} de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin, 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 » ;*

Que les clauses 46.1 et 46.3 des Instructions aux Candidats (IC) du DAO sont les copies collées conformes des dispositions légales ci-dessus citées ;

Considérant qu'en l'espèce, la PRMP du MEMP, dans sa lettre n°817/PRMP/MEMP/S-PRMP en date du 14 octobre 2022 en réponse au recours préalable de l'établissement « OTAB-DED », a écrit : « (...) Vous avez reçu la notification de rejet de votre offre le 06 octobre 2022 et votre recours m'est parvenu le 12 octobre 2022. Le décret n°2020-605 du 23 décembre 2020 en son article 25 au 2^{ème} tiret stipule que "pour toutes les réclamations soulevées après la notification de l'attribution du marché, le soumissionnaire doit saisir l'Autorité contractante dans les deux (2) jours ouvrables qui suivent la notification des résultats". (...) Ainsi je suis au regret de vous informer que votre recours m'est parvenu hors délai, donc irrecevable » ;

Que l'examen des faits de la cause révèle que la PRMP du MEMP a fondé sa décision d'irrecevabilité sur les délais régissant le règlement des différends relatifs aux sollicitations de prix, en lieu et place des règles devant régir la gestion des différends en matière d'une procédure d'appel d'offres ;

Que le marché en cause étant constitué d'un ensemble de lots dont le montant cumulé relève des seuils de passation d'un marché de travaux, tout requérant dispose d'un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la date de la réception de la notification des résultats pour exercer un recours gracieux ou hiérarchique ;

Que l'établissement « OTAB-DED » ayant saisi la PRMP du MEMP dans les trois (3) jours ouvrables suivant la notification du rejet de son offre, a respecté le délai de saisine de l'autorité contractante ;

Que c'est donc à tort et en méconnaissance des dispositions de la clause 46.3 ainsi que de celles de l'article 116 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 sus rappelées que son recours a été déclaré irrecevable par la PRMP du MEMP ;

Qu'une telle méconnaissance des textes et règles élémentaires de gestion des recours inhérents aux marchés publics caractérise un manque de professionnalisme de la part de la PRMP du MEMP ;

Qu'il y a lieu que l'ARMP s'autosaisisse en matière disciplinaire des irrégularités commises dans cette procédure.

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 fondé.

Article 3 : L'évaluation des offres doit être reprise avec l'application de tous les critères prévus dans le dossier d'appel d'offres et de la même manière à tous les soumissionnaires.

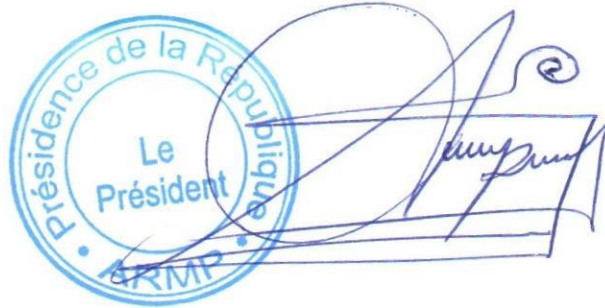
Article 4 : L'organe de régulation s'autosaisit en matière disciplinaire.

Article 5 : La présente décision sera notifiée :

- au Promoteur de l'établissement « OTAB-DED » ;
- à la Personne Responsable des Marchés Publics du Ministère des Enseignements Maternel et Primaire ;
- au Délégué de Contrôle des Marchés Publics du Ministère des Enseignements Maternel et Primaire ;

- au Ministre des Enseignements Maternel et Primaire ;
- au Directeur National de Contrôle des Marchés Publics.

Article 6 : 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)



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