



AVIS N° 2022-091/ARMP/PR-CR/CRD/CD/SP/DRAJ/SAJ/SA DU 24 NOVEMBRE 2022

PORTANT AVIS DEFAVORABLE DE L'AUTORITE DE REGUALTION DES MARCHES PUBLICS (ARMP) POUR LA REMISE DES PENALITES DE RETARD A LA SOCIETE « BIORAMED SARL » DANS LE CADRE DU MARCHE N°08/MEF/MS/SGM/DDS-B/CHUD-B/A/PRMP/CCMP DU 1^{ER} OCTOBRE 2021 RELATIF A L'ACQUISITION D'UN AMPLIFICATEUR DE BRILLANCE EXECUTE AU PROFIT DU CENTRE HOSPITALIER UNIVERSITAIRE DES DEPARTEMENTS DU BORGOU/ALIBORI (CHUD-B/A)

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°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'évaluation ;
- Vu le décret n°2020-595 du 23 décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics ;
- 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°0236/MS/SGM/DDS-B/CHD-BA/DAF/PRMP/SA du 05 septembre 2022 portant demande d'avis pour remise partielle de pénalités de retard en faveur de la société « BIORAMED SARL » ;

Ensemble les pièces du dossier,

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

Considérant que par lettre n°0236/MS/SGM/DDS-B/CHD-BA/DAF/PRMP/SA du 05 septembre 2022, enregistrée au Secrétariat administratif de l'ARMP le 14 septembre 2022 sous le numéro 1592-2022, le Directeur général par intérim du Centre Hospitalier Universitaire Départemental du Borgou-

Alibori (CHUD-BA) a sollicité l'autorisation de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) pour appliquer une remise partielle de pénalités de retard à la société « BIORAMED Sarl » ;

Considérant qu'il ressort de la demande du Directeur général par intérim du CHUD-BA, que c'est à l'issue de la procédure de passation de la Demande de renseignements et de prix (DRP) n°F_CHUD-BA_768315 du 15 septembre 2021 que la société « BIORAMED Sarl » est devenue titulaire du marché n°08/MEF/MS/SGM/DDS-B/CHUD-B/A/PRMP/ CCMP du 1^{er} octobre 2021 pour l'acquisition d'un amplificateur de brillance au profit du service de chirurgie du Centre Hospitalier Universitaire Départemental du Borgou-Alibori (CHUD-BA) ;

Que par lettre n°0676/21/MS/SGM/DDS-B/CHUD-BA//PRMP/SP-PRMP du 23 novembre 2021, l'ordre a été donné à la société « BIORAMED Sarl » de livrer les fournitures, conformément aux stipulations contractuelles, au plus tard le 07 janvier 2022 et qu'à défaut, tout retard dans l'exécution du marché est passible d'une pénalité par jour calendaire de retard fixé à 1/2000^{ième} du montant de marché ;

Que selon les stipulations de la clause 4 du marché n°08/MEF/MS/SGM/DDS-B/CHUD-B/A/PRMP/CCMP du 1^{er} octobre 2021 « le délai d'exécution du présent marché est de quarante-cinq (45) jours à compter de la date de notification de l'ordre de fourniture dudit équipement prévu au contrat » ;

Qu'en effet, l'équipement devrait être livré le 07 janvier 2022 et ce n'est que le 17 juin 2022 que la société « BIORAMED Sarl » a effectué la livraison desdites fournitures ;

Considérant que le Directeur général par intérim du CHUD-BA développe ensuite que la société « BIORAMED Sarl », prétextant des difficultés qu'éprouve le fabricant de l'équipement à réunir les matières premières pour cause du phénomène du « COVID 19 », a successivement sollicité deux (02) prorogations du délai de livraison des fournitures ;

Qu'une première prorogation a été tacitement accordée à cette société à la suite de sa lettre en date du 03 janvier 2022 par laquelle elle s'est engagée à livrer l'équipement jusqu'au 28 février 2022 ;

Qu'à la date du 28 février 2022, en lieu et place de la fourniture concernée, la société « BIORAMED Sarl » a sollicité une deuxième prorogation, cette fois-ci pour un délai de quatre (04) semaines et qu'en réponse, par lettre n°004/22/MS/DC/SGM/DDS-B/CHUD-BA/PRMPSP du 08 mars 2022, la Personne responsable des marchés publics du CHUD-BA a fait savoir à la société « BIORAMED Sarl » qu'il court à son égard les pénalités de retards à compter de la date du 28 février 2022 ;

Que selon le Directeur général par intérim du CHUD-BA, le nombre de jour de retard retenu est de cent dix (110) jours et que le montant du cumul desdites pénalités revient à un montant d'un million six cent quarante-un mille quatre-vingt-dix (1.641.090) francs CFA inférieur au 10% du montant du marché, attribué à un montant de vingt-neuf millions huit cent trente-huit mille (29 838.000) francs CFA TTC ;

Que pour comprendre ledit cumul de pénalités, il y a lieu de récapituler l'exposé du Directeur général par intérim du CHUD-BA dans le tableau ci-dessous :

ACTE DE L'AUTORITE CONTRACTANTE	ACTE DE LA SOCIETE « BIORAMED SARL »	OBSERVATIONS
Ordre de service de 23/11/2021, ce qui déduit que la livraison devrait être faite le 07/01/22 suite à un délai de livraison de 45 jours		
Acceptation tacite de la 1^{ère} prorogation sollicitée Refus par lettre d'accorder la 2^{ème} prorogation, mise en demeure et mise en œuvre des pénalités de retard à compter du 28/02/22	La société « BIORAMED Sarl » n'a pas effectué la livraison le 07/01/22. Elle a sollicité une 1^{ère} prorogation de délai de livraison, le 03/01/22, pour la date du 28 février 2022 Le 28/02/22 : 2^{ème} prorogation sollicitée pour un délai de quatre (04) semaine	Le 28/02/2022 la société « BIORAMED Sarl » n'a pas livré les fournitures le 28/02/22 La mise en demeure a été faite le 8 mars 2022 : elle ne peut rétroagir au 28 février 2022. Elle ne peut avoir d'effet qu'à partir du 16 mars 2022 en application de la clause 15 du contrat.
Procès-verbal de réception le 17 juin 2022	Livraison effectuée le 17 juin 2022	
Computation des retards de pénalités : ➤ février (01) jrs ; ➤ mars (31) jrs ; ➤ avril (30) jrs ➤ mai (31) jrs ; ➤ juin (17) jrs Le cumul = 110 jrs Montant du marché = 29 838 000 Pénalité par jour = 29 838 000 / 2000 : 14.919	Demande d'une remise totale de pénalités de retard	Le CHUD-BA a subi des préjudices du fait du retard dans la livraison. Les fournitures qui devraient être livrées le 7 janvier 2022, ne l'ont été que le 17 juin 2022. De 45 jours proposés dans son offre, on est passé à plus de six (6) mois. Le marché ne peut être résilié en application de la clause 17 dernier tiret en raison de ce que le cumul des pénalités de retards est inférieur à 10% du montant du marché TTC. Mais, ce marché peut être résilié au regard de la clause 15 <i>in fine</i> du contrat selon laquelle « le

ACTE DE L'AUTORITE CONTRACTANTE	ACTE DE LA SOCIETE « BIORAMED SARL »	OBSERVATIONS
Cumul des pénalités de retards : 14919 x 110 = 1.641 090		cumul des pénalités ne peut excéder un montant total de 298 380 F CFA du montant du marché »

Qu'au regard des détails ci-dessus présentés, il y a une incohérence entre les clauses 15 et 17 de ce contrat ;

Qu'il est paradoxal qu'en soutenant que : « *le non-respect du délai de livraison a causé des préjudices en termes de manque à gagner au CHUD-BA* », le Directeur général par intérim du CHUD-BA fasse observer au même moment, en faveur de cette même société, qu'elle « *a fait preuve de bonne collaboration et de bonne foi...* » pour justifier sa volonté de remise d'une pénalité de 80% sur le total de un million six cent quarante-et-un mille quatre-vingt-dix (1.641 090) F CFA, dû ;

Qu'en définitive, il reviendra à la société « BIORAMED Sarl » de payer comme pénalité de retard un montant de trois cent vingt-huit mille deux cent dix-huit (328.218) francs CFA TTC représentant 20% du montant des pénalités de retard » ;

Que cette bonne collaboration s'explique, selon le Directeur général par intérim du CHUD-BA, par le fait que « *l'équipement que cette société a livré a recueilli l'assentiment de tous les membres de la commission de réception et notamment des utilisateurs qui ont exprimé leur satisfaction quant à la formation technique dont ils ont été les bénéficiaires...* » alors qu'en réalité, il ne s'agit que d'une obligation contractuelle qui incombe au titulaire de ce marché ;

Considérant qu'au regard des faits et de l'examen des pièces du dossier, l'objet de la demande est relatif à l'application des pénalités de retard dans le cadre du règlement du marché en cause ;

Considérant les dispositions de l'article 113 alinéa 1^{er} de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 susmentionnée selon lesquelles : « *En cas de dépassement des délais contractuels fixés par le marché, le titulaire du marché est passible de pénalités après mise en demeure préalable* » ;

Que selon l'alinéa 4 de ce même article « *La remise totale ou partielle des pénalités peut être prononcée par l'autorité hiérarchique de la personne responsable des marchés publics, après avis de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics* » ;

Que le dernier alinéa de ce même article dispose que : « *Les empêchements résultant de cas de force majeure exonèrent le titulaire des pénalités de retard qui pourraient en résulter* » ;

Considérant qu'il se dégage des dispositions ci-dessus rappelées que l'application des pénalités de retard n'intervient que si les pénalités sont prévues par le marché, qu'il y ait dépassement des délais contractuels, une mise en demeure préalable du titulaire du marché et que la circonstance ayant conduit à leur application est imputable à l'entreprise titulaire du marché : 

Qu'il ressort des dispositions de l'article 113 citées supra, qu'avant tout calcul de pénalités de retard, la PRMP mette préalablement en demeure le titulaire du marché et qu'elle ne commence par compter lesdites pénalités qu'après huit (08) jours calendaires à partir de la date effective de la mise en demeure du titulaire du marché en cas de dépassement des délais contractuels auxquels il s'est engagé ;

Que la mise en demeure est dès lors, une condition substantielle pour mettre en œuvre les pénalités de retard en cas de dépassement des délais contractuels et que le titulaire du marché ne peut y remédier si le dépassement des délais lui est imputable ;

Que la clause 15 du contrat n°08/MEF/MS/SGM/DDS-B/CHUD-B/A/PRMP/CCMP du 1^{er} octobre 2021 stipule que : « En cas de retard dans la prestation des services, le titulaire sera passible d'une pénalité après une mise en demeure de huit (08) jours calendaires, d'une pénalité par jour de retard fixée à 1/2000^{ième} et 1/5000^{ième} du montant du marché. Le cumul des pénalités ne peut excéder deux cent quatre-vingt-dix-huit mille trois cent quatre-vingt (298 380) francs CFA » ;

Que cette clause est incohérente en elle-même et incomplète en ce que l'autorité contractante :

- n'a pas fait un choix clair entre « 1/2000^{ième} et 1/5000^{ième} du montant du marché » ;
- n'a pas fixé le nombre de jours à ne pas dépasser lorsqu'elle a précisé le montant limite du cumul de pénalités à ne pas dépasser ; ce qui a pour conséquence le fait que le nombre de jours de retard tolérés au titulaire du marché avec le jeu des prorogations multiples fait approximativement le triple du délai d'exécution initialement prévu ;
- n'a pas précisé la conséquence du dépassement du montant cumulé au titre des pénalités de retard ;

Considérant que l'examen des faits de la cause révèle les constats ci-après :

- ✓ la covid 19 n'est plus un fait imprévisible et insurmontable pour s'analyser comme un cas de force majeure à la date de la signature et de l'exécution du contrat en cause, comme tente de l'évoquer le titulaire du marché en cause ;
- ✓ le dépassement des délais contractuels ne résulte pas des événements imprévisibles et insurmontables empêchant la société « BIORAMED Sarl » d'exécuter ses obligations contractuelles dans les délais contractuels ; il lui revenait de prendre toutes les dispositions requises pour exécuter le marché dans le délai contractuel qui a été l'un des critères déterminants pour le choix de son offre ;
- ✓ le procédé de calcul du montant du cumul des pénalités d'un million six cent quarante-un mille quatre-vingt-dix (1.641.090) francs CFA ne respecte pas non plus, les stipulations de la clause 15 du contrat selon lesquelles « (...) le cumul des pénalités ne peut excéder deux cent quatre-vingt-dix-huit mille trois cent quatre-vingt (298 380) francs CFA », même s'il est conforme à celles de la clause 17 du contrat ;
- ✓ le contrat en cause souffre d'une mauvaise rédaction et d'une mauvaise gestion en ce qui concerne le respect strict du délai de livraison des fournitures qui demeure l'un des critères substantiels d'évaluation de l'offre économiquement la plus avantageuse ;

- ✓ le CHUD-BA a subi des préjudices au regard du manque à gagner causé par le retard dans la livraison des fournitures par la société « BIORAMED Sarl », ce qui devrait impliquer réparation ou toute compensation à travers l'application des pénalités de retard ;
- ✓ la mise en demeure a été faite le 8 mars 2022 ; elle ne peut rétroagir au 28 février 2022. Elle ne peut avoir d'effet rétroactif, en application de la clause 15 du contrat.

Qu'ainsi, les pénalités de retard ne peuvent commencer par courir que huit (8) jours après cette mise en demeure, soit à partir du 16 mars 2022 ;

Qu'au regard de ce qui précède, aucune remise de pénalités de retard ne peut être accordée à la société « BIORAMED Sarl » ;

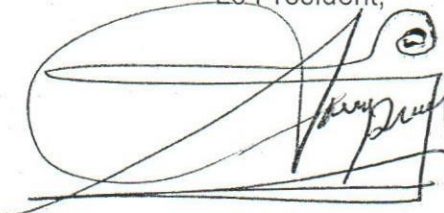
Que l'autorité contractante est tenue de lui appliquer intégralement lesdites pénalités de retard pour compter du 16 mars 2022 ;

EN CONSEQUENCE,

L'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) :

- 1- déclare que la demande d'autorisation de remise partielle de pénalités de retards introduite par le Directeur général par intérim du CHUD-BA en faveur de la société « BIORAMED Sarl » est en violation des clauses du contrat n°08/MEF/MS/SGM/DDS-B/CHUD-B/A/PRMP/CCMP du 1^{er} octobre 2021 ;
- 2- donne un avis défavorable pour la remise des pénalités de retard à la société « BIORAMED Sarl » ; et précise que lesdites pénalités de retard ne peuvent être décomptées qu'à partir du 16 mars 2022 avec obligation de compte rendu à l'ARMP ;
- 3- invite la Personne responsable des marchés publics du CHUD-BA à veiller aux précisions nécessaires dans les clauses relatives aux pénalités de retard, non seulement en ce qui concerne le montant plafond mais aussi le nombre de jours de retard tolérables qui doivent en outre être en cohérence avec la clause de résiliation. 4

Le Président,



Séraphin AGBAHOUNGBATA

Ampliation : société « BIORAMED Sarl » Tél. + 229 (98 87 00 02/ 21 33 39 74)