



COMMISSION DE REGLEMENT
DES DIFFERENDS (CRD)

DECISION N° 2022-162/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA DU 29 NOVEMBRE 2022

AFFAIRE N°2022-162/ARMP/SA/2011-22
ETABLISSEMENT « ZAJ-SERVICES BTP »
CONTRE
COMMUNE DE TOVIKLIN

- 1- DECLARANT RECEVABLE ET MAL FONDE LE RECOURS DE L'ETABLISSEMENT « ZAJ SERVICE BTP » EN CONTESTATION DES MOTIFS DE REJET DE SON OFFRE DANS LE CADRE DE LA PROCEDURE DE PASSATION DE L'APPEL D'OFFRES OUVERT N°66/02/CT/PRMP/SP-PRMP/2022 DU 04 AVRIL 2022 RELATIF AUX TRAVAUX DE CONSTRUCTION D'UN MODULE DE TROIS (03) CLASSES SIMPLES A L'ECOLE PRIMAIRE PUBLIQUE DE GBAYEDJI DANS LA COMMUNE DE TOVIKLIN - LOT N°5
- 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 la lettre sans numéro en date du 09 novembre 2022, enregistrée au Secrétariat administratif de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics à la même date sous le numéro 2011-2022 portant recours de l'établissement « ZAJ SERVICES BTP » ;
- Vu la lettre n°2022-2635/PR/ARMP/CRD/SP/DRAJ/SAJ/SA du 14 novembre 2022 portant mesures d'instruction de l'ARMP ;
- Vu la lettre n°66/102/CT/SE/PRMP/SP-PRMP du 22 novembre 2022 par laquelle la Personne Responsable des Marchés Publics de la Commune de Toviklin a transmis à l'ARMP un ensemble de pièces ;

Ensemble les pièces du dossier, 

Les membres de la Commission de Règlement des Différends que sont : monsieur Séraphin AGBAHOUNGBATA, Président ; messieurs Gilbert Ulrich TOGBONON et Derrick BODJRENOU ; 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 mardi 29 novembre 2022 ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

I- LES FAITS

Suite à la réception, par mail, de la lettre de notification des résultats de la procédure de passation de l'appel d'offres n°66/02/CT/PRMP/SP-PRMP/2022 du 04 avril 2022 relatif aux travaux de construction d'un module de trois (03) classes simples à l'école primaire publique de Gbayèdji dans la commune de Toviklin - lot n°5, la Promotrice de l'établissement « ZAJ SERVICES BTP » a exercé un recours gracieux contestant le motif relatif au défaut de qualification lié à « l'insuffisance de son chiffre d'affaires moyen et de marchés similaires », évoqué pour le rejet de son offre.

Dans son recours gracieux, elle soutient que son entreprise n'a pas encore trois (03) années d'existence et demande par conséquent de la rétablir dans ses droits. En réponse, la PRMP de la Commune de Toviklin lui a fait savoir la nuance entre le « nombre d'années d'exercice » et le « nombre d'années d'existence ».

N'étant pas satisfaite de cette réponse de la PRMP de la Commune de Toviklin, la Promotrice de l'établissement « ZAJ SERVICES BTP » a saisi l'ARMP pour que cette situation qui lui est préjudiciable, soit clarifiée.

II- SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS DE L'ETABLISSEMENT « ZAJ SERVICES BTP »

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 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 « ZAJ SERVICES BTP » a reçu la notification du rejet de son offre le jeudi 03 novembre 2022 par lettre n°66/102/CT/SE/PRMP/SP-PRMP du 02 novembre 2022 envoyée par mail ;

Que l'établissement « ZAJ SERVICES BTP » a exercé son recours préalable devant la PRMP de la Commune de Toviklin le vendredi 04 novembre 2022 par lettre sans numéro en date du 03 novembre 2022 ;

Que la réponse de la PRMP de la Commune de Toviklin lui a été notifiée le mardi 08 novembre 2022 par lettre n°66/115/CT/SE/PRMP/SP-PRMP envoyée par mail ;

Que non satisfait de cette réponse, l'établissement « ZAJ SERVICES BTP » a introduit son recours devant l'organe de régulation le mercredi 09 novembre 2022 par lettre n°66/115/CT/SE/PRMP/SP-PRMP du 08 novembre 2022, enregistrée au Secrétariat administratif de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics à la même date sous le numéro 2011-22 ;

Qu'au regard de ce qui précède, le requérant a exercé son recours devant l'autorité contractante et devant l'ARMP dans les conditions, de forme et de délai, requises pour sa recevabilité ;

Qu'il y a lieu de déclarer ledit recours recevable.

III- DISCUSSION

A- MOYENS DE L'ETABLISSEMENT « ZAJ SERVICES BTP »

Pour contester les motifs de rejet de son offre, l'établissement « ZAJ SERVICES BTP » fait valoir les prétentions suivantes :

- « L'entreprise a été créée en 2018, mais nous avons écrit la lettre de non démarrage des activités, adressée aux services des impôts ; on n'a pas démarré les activités jusqu'en 2020 ;
- En 2020, nous avons écrit la lettre de démarrage des activités, mais pourtant il n'y a pas d'exercice en 2020, nous avons prouvé par le bilan dans notre offre dont le chiffre d'affaires est zéro (0) F CFA ;
- C'est en 2021 que l'entreprise a réellement démarré les travaux et c'est ça qui nous a permis d'avoir un chiffre d'affaires de 14 092 004 F CFA.

Nous les avons renvoyés sur l'attestation fiscale qui confirme toutes ces informations.

Le DAO stipule dans l'avis d'appel d'offres au niveau de 4b) qui parle des exigences d'ordre financier pour les entreprises naissantes et celle qui n'ont pas encore trois années d'existence, de fournir une assurance de risque professionnel, or nous avons régulièrement mis dans notre offre une assurance de risque professionnel en lieu et place du chiffre d'affaires parce que notre entreprise n'a pas encore 3 années d'existence.

C'est le soir du 08 novembre 2022 que nous avons reçu la réponse à notre recours qui nous explique qu'il y a une différence entre le nombre d'année d'exercice et le nombre d'année d'existence et que selon eux, le nombre d'année d'existence, est le nombre d'année écoulé après la création de celle-ci ».

A- MOYENS DE LA PERSONNE RESPONSABLE DES MARCHES PUBLICS DE LA COMMUNE DE TOVIKLIN :

En réplique aux moyens de l'établissement « ZAJ SERVICES BTP », la Personne Responsable des Marchés Publics de la Commune de Toviklin soutient ce qui suit :

- « la Directrice générale de l'établissement « ZAJ SERVICES BTP » avance que son entreprise n'a pas encore trois (03) années d'existence. Elle demande par conséquent de la rétablir dans ses droits. Pour donner suite à sa demande, la nuance entre le « nombre d'années d'exercice » et le « nombre d'années d'existence » lui a été faite ;
- étant donné que le Registre de Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM) indique que son entreprise a été créée le 27 novembre 2018 sous le n° RB/PNO/18 A 8946, elle a bouclé trois (03) ans et cinq (05) mois à la date de dépôt de son offre le 26 Avril 2022. Sur cette base, il ne peut lui être appliqué que les critères d'une ancienne entreprise et la juger comme telle conformément à la clause 4 de l'avis d'appel d'offres, même si l'entreprise prétend avoir adressé au service des impôts des lettres de non démarrage et de démarrage d'activités ;
- ainsi le soumissionnaire « ZAJ SERVICES BTP » a été écarté pour insuffisance de chiffre d'affaires moyen et de marché similaire et la décision n°2022-091/ARMP/PR-CR/CRD/SP/ DRAJ/SA du 26 juillet 2022 en son article 1^{er} conforte d'avantage le motif de rejet de cette offre ».

IV- CONSTATS ISSUS DE L'INSTRUCTION

Il ressort des pièces du dossier examiné les constats suivants :

Constat n°1

Le Registre de Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM) indique que l'établissement « ZAJ SERVICES BTP » a été créé le 27 novembre 2018 sous le n° RCCM RB/PNO/18 A 8946, ce qui signifie qu'il a bouclé trois (03) ans et cinq (05) mois à la date de dépôt de son offre le 26 avril 2022.

Constat n°2

L'établissement « ZAJ SERVICES BTP » a présenté dans son offre un chiffre d'affaires moyen au titre de l'année 2020 avec une mention de zéro franc.

Constat n°3

La clause 4, point b de l'avis d'appel d'offres, page 8 du DAO a évoqué les entreprises naissantes et celles qui n'ont pas encore trois (03) années d'existence.

V- OBJET ET ANALYSE DU RECOURS

Il résulte des faits, des moyens des parties et des constats issus de l'instruction que le recours de l'établissement « ZAJ SERVICES BTP » porte sur le rejet de son offre, motif tiré de son défaut de capacité financière.

SUR LE REJET DE L'OFFRE DE L'ETABLISSEMENT « ZAJ SERVICES BTP », MOTIF TIRE DE SON DEFAUT DE CAPACITE FINANCIERE

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 l'article 60 alinéa 1^{er} de la même loi dispose : « La justification de la capacité financière du candidat est constituée par une ou plusieurs des références suivantes :

1. la présentation des bilans ou d'extraits des bilans, dans les cas où la publication des bilans est prescrite par la législation du pays où le soumissionnaire est établi ;

2. *une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché pour, au maximum, les trois (03) derniers exercices en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activité du soumissionnaire » ;*

Considérant qu'au nombre des exigences d'ordre financier à satisfaire par les anciennes entreprises au point 4-b) de l'avis d'appel d'offres en cause, il est indiqué ce qui suit : *« avoir réalisé au cours des trois dernières années (2018, 2019 et 2020) un chiffre d'affaires moyen des activités de construction en BTP au moins égal à une fois le montant de son offre » ;*

Considérant qu'en l'espèce, l'établissement « ZAJ SERVICES BTP » conteste le motif de défaut de capacité financière évoqué par la PRMP de la commune de Toviklin pour rejeter son offre, estimant que celui-ci est une entreprise naissante dans la mesure où il n'a pas exercé jusqu'en 2020 et que son attestation de risque professionnel doit être pris en compte ;

Que l'examen des faits de la cause révèle que l'établissement « ZAJ SERVICES BTP » a été créé le 27 novembre 2018 sous le n° RCCM RB/PNO/18 A 8946 ;

Qu'en application de l'avis n°2022/51/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA du 1^{er} septembre 2022 portant clarification de la notion d'entreprise naissante contenue dans les dossiers d'appel à concurrence en République du Bénin : *« est entreprise naissante, celle qui n'a pas encore trois (03) années d'existence ; la première année d'existence est celle comptant douze (12) mois à partir de la date de création mentionnée dans le registre du commerce et/ou les statuts de l'entreprise » ;*

Qu'ainsi, que l'établissement « ZAJ SERVICES BTP » ait exercé ou pas, à la date du 27 novembre 2021, il est dans la catégorie des anciennes entreprises et ne peut bénéficier des facilités accordées aux entreprises naissantes ;

Qu'à la date du dépôt de son offre le 26 avril 2022, il a déjà trois (03) ans et cinq (05) mois d'existence ;

Que n'ayant pas exercé jusqu'en 2020 et ne disposant pas de chiffre d'affaires au titre de 2018, 2019 et 2020, il est logique de constater que la moyenne de ses chiffres d'affaires ne peut être égal qu'à zéro F CFA, ce qui justifie qu'il ne remplit pas effectivement ce critère de capacité financière exigé par le DAO ;

Que le motif de défaut de capacité financière évoqué par la PRMP de la commune de Toviklin pour rejeter l'offre de l'établissement « ZAJ SERVICES BTP », est régulier ;

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

DECIDE :

Article 1^{er} : Le recours de l'établissement « ZAJ SERVICES BTP » est recevable.

Article 2 : Le recours de l'établissement « ZAJ SERVICES BTP » est mal fondé.

Article 3 : La suspension de de la procédure de passation de l'appel d'offres n°66/02/CT/PRMP/SP-PRMP/2022 du 04 avril 2022 relatif aux travaux de construction d'un module de trois (03) classes simples à l'école primaire publique de Gbayèdji dans la Commune de TOVIKLIN en son lot n°5, est levée.

Article 4 : La présente décision sera notifiée :

- à la Personne Responsable des Marchés Publics et au Chef Cellule de contrôle des marchés public de la Commune de Toviklin ;
- à la Promotrice de l'établissement « ZAJ SERVICES BTP » ;
- à monsieur le Maire de la Commune de Toviklin ;

- au Secrétaire exécutif de la Commune de Toviklin
- au Préfet du département du Couffo ;
- 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)



Gilbert Ulrich TOGBONON
(Membre de la CRD)



Derrick BODJRENOU
(Membre de la CRD)



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