



DECISION N° 2023-014/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA DU 24 JANVIER 2023

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

AFFAIRE N°2023-014/ARMP/SA/1690-22

RECOURS DE LA SOCIETE
« EL FISS BATIMENT »

CONTRE

COMMUNE DE PÉHUNCO

1. DECLARANT RECEVABLE ET MAL FONDE LE RECOURS DE LA SOCIETE « EL FISS ARTS BATIMENTS » CONTRE LA COMMUNE DE PÉHUNCO DANS LE CADRE DE LA PROCEDURE DE PASSATION DE L'APPEL D'OFFRES NATIONAL OUVERT N° T_ST_65594 DU 10 NOVEMBRE 2022 RELATIF A LA CONSTRUCTION D'UN MODULE DE TROIS SALLES DE CLASSES PLUS BUREAU MAGASIN EQUIPES D'UN (01) BUREAU DIRECTEUR PLUS 03 BUREAUX MAÎTRE PLUS 75 TABLES BANCS AU PROFIT DE L'EPP DE SINAWOURAROU/C (LOT1) ET REHABILITATION DE TROIS (03) MODULES DE TROIS SALLES DE CLASSE PLUS BUREAU-MAGASIN AU PROFIT DES EPP DE NASSOU, DE WAKAROU (LOT2) ET DE BONIGOUROU (LOT 3)
2. ORDONNANT LA POURSUITE DE LA PROCEDURE SUSMENTIONNEE

**LA COMMISSION DE REGLEMENT DES DIFFERENDS, STATUANT EN MATIERE DE REGLEMENT DE
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 du 03 janvier 2023, enregistrée au Secrétariat administratif de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics la même date sous le numéro 012-23 portant recours de la société « EL FISS ARTS BATIMENT » ;
- Vu la lettre n°63-2/001/MCP-PRMP-SPRMP du 03 janvier 2023, enregistrée au Secrétariat administratif de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics le 05 janvier 2023 le numéro 015-23 par laquelle la PRMP de la Commune de Péhunco a transmis un ensemble de pièces ;

Ensemble les pièces du dossier,

Les membres de la Commission de Règlement des Différends présents : 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 24 janvier 2023 ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

I- LES FAITS

La commune de Péhunco a lancé le 14 décembre 2022 la procédure de passation de l'appel d'offres ouvert national n°T_ST_65594 relatif à la construction d'un module de trois salles de classes plus bureau-magasin équipés d'un bureau directeur plus trois (03) bureaux maître plus 75 tables bancs au profit de l'EPP de Sinawourarou/C (lot 1) et réhabilitation de trois (03) modules de trois salles de classe plus bureau-magasin au profit des EPP de Nassou, de Wakarou (lot 2) et de Bonigourou (lot 3), à laquelle la société « EL FISS ARTS BATIMENTS » a pris part au lot 1.

Aux termes de ses travaux, la commission d'ouverture et d'évaluation a rejeté son offre au motif suivant : « *Engagement du soumissionnaire à respecter le code d'éthique non conforme au modèle du DAO. L'engagement fait référence à la loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin qui n'est plus en vigueur alors que c'est la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin qui est dans le modèle du DAO* ».

Non convaincue de ce motif de rejet de son offre, la société « EL FISS ARTS BATIMENTS » a formulé un recours gracieux devant la Personne responsable des marchés publics (PRMP) de la commune de Péhunco, recours dans lequel tout en reconnaissant qu'il y a une divergence dans la pièce indiquée, elle estime que cette erreur ne peut être qualifiée de substantielle.

La société « EL FISS ARTS BATIMENTS » n'étant pas satisfaite de la réponse donnée à son recours gracieux, a déféré la décision de la PRMP de la commune de Péhunco devant l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) pour que son offre soit reconsidérée.

II- SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS DE LA SOCIETE « EL FISS ARTS BATIMENTS »

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, la société « EL FISS ARTS BATIMENTS » a reçu la notification de non attribution du marché en cause le jeudi 29 décembre 2022 par courrier électronique de la PRMP de la Commune de Péhunco ;

Que la société « EL FISS ARTS BATIMENTS » a exercé son recours préalable devant la PRMP de la Commune de Péhunco, le vendredi 30 décembre 2022 par lettre sans numéro de la même date ;

Que la réponse de la PRMP de la Commune de Péhunco lui est parvenue le lundi 02 janvier 2023 par courrier électronique ;

Que non satisfaite de la réponse de la PRMP de la Commune de Péhunco, la société « EL FISS ARTS BATIMENTS » a saisi l'ARMP de son recours le mardi 03 janvier 2023 par bordereau sans numéro de la même date, enregistré au Secrétariat administratif de l'organe de régulation sous le numéro 012-23 ;

Qu'au regard de ce qui précède, la société « EL FISS ARTS BATIMENTS » a exercé son recours 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 LA SOCIÉTÉ « EL FISS ARTS BATIMENTS »

A l'appui de son recours, la société « EL FISS ARTS BATIMENTS » fait valoir les moyens suivants :

1- *« la décision de la mairie de Péhunco est, un refus d'application de la clause 31.2 des instructions aux candidats du dossier d'appel d'offres ou une mauvaise compréhension de la notion d'erreur ou de divergence substantielle dans une offre dans le cadre de l'appréciation de la conformité des offres des exigences du dossier de consultation ;*

2- *De ce fait l'offre conforme et économiquement avantageuse pour la mairie pourrait être écartée au cours du processus de passation entraînant ainsi une violation du principe d'économie et d'efficacité du processus d'acquisition de la commande publique ».*

B- MOYENS DE LA PERSONNE RESPONSABLE DES MARCHES PUBLICS DE LA COMMUNE DE PÉHUNCO

En réplique aux moyens de la société « EL FISS ARTS BATIMENTS », la Personne Responsable des Marchés Publics de la Commune de Péhunco soutient ce qui suit :

- « l'offre du soumissionnaire « EL FISS ARTS BATIMENTS » a été écartée au motif que « l'engagement du soumissionnaire à respecter le code d'éthique est non conforme au modèle du DAO ».

En effet, ledit engagement fait référence à la loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin qui n'est plus en vigueur alors que c'est celui de la loi n° 2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin qui est dans le modèle du DAO". C'est ce motif qui lui a été notifié ; motif qu'il a contesté par correspondance sans numéro en date 30 décembre 2022 adressée à la PRMP par mail le même jour.

Selon la société « EL FISS ARTS BATIMENTS » la divergence entre la pièce incriminée présentée dans son offre et le modèle fourni dans le DAO devrait être tolérée par l'autorité contractante au regard des dispositions de la clause 31.2 des instructions aux candidats.

- Nous lui avons fait savoir que la pièce incriminée est l'une des pièces nécessaires à l'examen de la recevabilité des offres. Le "NB" contenu dans le DAO par rapport à cette première étape de l'évaluation des offres stipule 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. Le fait de fournir une pièce différente du modèle-type prévu à cet effet dans le DAO au niveau des formulaires de soumission constitue un élément de "non-conformité" de cette pièce présentée dans son offre » ;
- le deuxième paragraphe de la sous-section C (critères d'évaluation et de qualification) à la page 52 du DAO stipule que « le soumissionnaire fournira tous les renseignements demandés dans les formulaires joints à la Section II, Formulaires de soumission. Les dispositions de la clause 31.2 qu'il a évoquées s'appliquent à l'examen de la conformité technique des offres qui est une seconde étape de l'examen préliminaire des offres ».

IV- CONSTATS ISSUS DE L'INSTRUCTION

Constat n° 1

L'engagement du soumissionnaire est l'une des pièces prévues à la Section II Annexe A-1-1 intitulé « Pièces nécessaires pour la recevabilité de l'offre » à la page 64 du DAO. En nota bene de cette annexe, il est précisé que « la non-production ou la non-conformité de ces pièces entraîne le rejet de l'offre ».

Constat n°2

La pièce relative à l'engagement du soumissionnaire à respecter le code d'éthique et de déontologie de la commande publique que la société « EL FISS ARTS BATIMENTS » a produite dans son offre n'est pas conforme au modèle du dossier DAO.

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 la société « EL FISS ARTS BATIMENTS » porte sur le rejet de son offre, motif tiré de la non-conformité au modèle prévu

dans le DAO de l'engagement du soumissionnaire à respecter le code d'éthique et de déontologie dans la commande publique.

Sur le rejet de l'offre de la société « EL FISS ARTS BATIMENTS »

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

Considérant que l'engagement du soumissionnaire fait partie des pièces nécessaires à la recevabilité de l'offre et qu'il est précisé à la Section II (point A-1-1 du dossier du DAO) intitulé « Pièces nécessaires pour la recevabilité de l'offre » à la page 64 du DAO que « la non-production ou la non-conformité de ces pièces entraîne le rejet de l'offre » ;

Considérant qu'en l'espèce, la société « EL FISS ARTS BATIMENTS » conteste le rejet de son offre pour non-conformité de l'engagement qu'elle a fourni au modèle contenu dans le dossier ;

Que dans son premier paragraphe, le formulaire d'engagement du soumissionnaire a prévu ce qui suit : « Nous soussigné [Insérer le nom du soumissionnaire], ci-après dénommé « le Soumissionnaire » : (...) reconnaissons qu'en cas de manquement aux engagements ci-dessus, nous nous exposons aux sanctions prévues aux articles 122 et 123 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin (...) » ;

Que la lettre d'engagement fournie par la société « EL FISS ARTS BATIMENTS » fait plutôt référence aux articles 143 et 144 de la loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin, abrogée ;

Que l'examen des faits de la cause révèle que la référence aux articles d'une loi déjà abrogée rend non-conforme le « formulaire d'engagement » fourni par la société « EL FISS ARTS BATIMENTS », à celui exigé dans le dossier d'appel à concurrence en cause ;

Qu'une telle non-conformité est sanctionnée par le rejet de l'offre à l'étape de l'examen de la recevabilité de l'offre du soumissionnaire et limite dès lors toute possibilité de l'analyse et de l'évaluation de ladite offre quant au fond ;

Qu'il revient à chaque soumissionnaire de prendre des dispositions nécessaires pour présenter une offre irréprochable et compétitive ;

Qu'au regard de tout ce qui précède, il y a lieu de dire que c'est à bon droit que la PRMP de la commune de Péhunco a rejeté l'offre de la société « EL FISS ARTS BATIMENTS ».

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

DECIDE :

Article 1^{er} : Le recours de la société « EL FISS ARTS BATIMENTS » est recevable.

Article 2 : Le recours de la Société « EL FISS ARTS BATIMENTS » est mal fondé.

Article 3 : La suspension de la procédure de passation de l'appel d'offres ouvert national n°T_ST_65594 relative à la construction d'un module de trois salles de classes plus bureau-magasin équipés d'un bureau

directeur plus trois (03) bureaux maître plus 75 tables banc au profit de l'EPP de Sinawourarou/C (lot 1) et réhabilitation de trois (03) modules de trois salles de classe plus bureau-magasin au profit des EPP de Nassou, de Wakarou (lot 2) et de Bonigourou (lot 3), est levée.

Article 4 : La présente décision sera notifiée :

- au Gérant de la société « EL FISS ARTS BATIMENTS » ;
- à la Personne Responsable des Marchés Publics de la Commune de Péhunco ;
- au Chef de la Cellule de Contrôle des Marchés Publics de la Commune de Péhunco ;
- à la Secrétaire exécutive de la Commune de Péhunco ;
- au Maire de la Commune de Péhunco ;
- à madame la Préfète du département de l'Atacora ;
- 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)