



AVIS N° 2023-036/ARMP/PR-CR/CRD/CD/SP/DRAJ/SA DU 22 MARS 2023

SUR LA DEMANDE D'AVIS DE LA PERSONNE RESPONSABLE DES MARCHÉS PUBLICS DE LA COMMUNE DE BOHICON RELATIF AUX CAPACITÉS TECHNIQUES ET FINANCIÈRES DES ENTREPRISES, AYANT REPRIS LEURS ACTIVITÉS APRÈS CESSATION D'ACTIVITÉS.

LE PRÉSIDENT DU CONSEIL DE RÉGULATION,

- 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 ;
- 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° 2020-597 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 ;
- 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 l'Avis n° 2022-051/ARMP/PR-CR/CRD/CD/SP/DRAJ/SRR/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 ;

Ensemble les pièces du dossier,

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

Considérant que par lettre n° 12/616/MCB/PRMP du 21 décembre 2022, enregistrée au Secrétariat administratif de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) le 22 décembre 2022 sous le numéro 2405-22, la Personne responsable des marchés publics de la Commune de Bohicon a introduit une demande d'éclaircissements sur « les critères techniques et financiers des entreprises ayant repris leurs activités après cessation régulière d'activités pour au moins trois (03) ans » ;

Que la Personne responsable des marchés publics de la Commune de Bohicon explique que les dossiers d'appel à concurrence, pour le cas des anciennes entreprises, exigent ce qui suit :

- ✦ avoir un chiffre d'affaires moyen annuel de (X) francs au cours des trois (03) dernières années (avec précision des années : exemple : 2021, 2020, 2019) ;
- ✦ avoir exécuté au cours des trois dernières années ou cinq dernières années avec précision de ces années : exemple : 2021, 2020, 2019, 2018 et 2017) au moins (X) activités similaires aux activités pour lesquelles le soumissionnaire est entrain de soumissionner ;

Que pour la PRMP de la Commune de Bohicon, les critères susmentionnés lui paraissent discriminatoires pour les anciennes entreprises qui ont « cessé d'exercer régulièrement leurs activités » il y a plus de trois (03) ans et qui veulent reprendre leurs activités ;

Que soutenir son argumentaire, elle évoque l'exemple d'une entreprise qui a cessé d'exercer depuis 2016 et qui a repris en 2022, que cette entreprise sera d'office disqualifiée au regard de ces critères ;

Qu'elle poursuit en affirmant que l'application de ces critères pour les anciennes entreprises se trouvant dans cette situation de cessation porterait atteinte aux principes numéro 2 (*liberté d'accès à la commande publique*) et numéro 3 (*égalité de traitement des candidats et soumissionnaires*) des dispositions de l'article 7 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin ;

Qu'au regard de l'exposé susmentionné, la PRMP de la Commune de Bohicon soutient l'opinion selon laquelle les capacités techniques ou financières requises pour les anciennes entreprises qui ont cessé d'exercer régulièrement, il y a plus de trois (03) ans et qui veulent reprendre leurs activités, ne seraient pas fondées sur des critères objectifs au sens des dispositions des articles 59 et 60 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 citée supra ;

Considérant les dispositions de l'article 60, alinéas 1^{er} et 2^{ème} de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 citée supra selon lesquelles : « 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 les dispositions de l'article 1^{er}, 8^{ème} tiret du décret 2020-03 du 20 mars 2020 portant promotion et développement des micros, petites et moyennes entreprises en République du Bénin selon lesquelles l'entreprise est « toute personne physique ou morale, autonome, productrice de biens et/ou services, immatriculée au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier ou des Métiers » ;

Que les dossiers-types d'appel à concurrence actuellement en vigueur, approuvés par le décret n°2020-602 du 23 décembre 2020 portant approbation des documents types de passation des marchés publics, ont distingué les exigences en matière de qualification selon qu'il s'agisse des anciennes entreprises ou des entreprises naissantes et celles qui n'ont pas encore trois (03) années d'existence ;

Qu'en premier lieu, il faut distinguer dans la réglementation des marchés publics en République du Bénin, qu'il y a deux (02) grandes catégories d'entreprises :

- a. les entreprises ayant au moins trois (03) années d'existence ou anciennes entreprises ;
- b. les entreprises naissantes et les entreprises n'ayant pas encore trois (03) années d'existence ;

Que les entreprises naissantes et les entreprises n'ayant pas encore trois (03) années d'existence bénéficient des mêmes conditions d'évaluation ;

Qu'en second lieu, le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché pour, au maximum, les trois (03) derniers exercices est fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activité du soumissionnaire ;

Qu'ainsi, l'année d'existence d'une entreprise doit compter douze (12) mois à partir de la date de sa création, c'est-à-dire la date mentionnée sur le registre du commerce et/ou les statuts de l'entreprise ;

Que dans les dossiers-types d'appel à concurrence, il faut comprendre que l'année d'existence d'une entreprise n'est pas similaire au nombre d'années d'activités effectuées par cette entreprise ;

Qu'en droit des marchés publics, il n'y a pas une cessation régulière d'activité des entreprises mais plutôt des entreprises en situation administrative irrégulière et des entreprises en situation administrative régulière ;

Que les incapacités et exclusions peuvent amener certaines entreprises à cesser leurs activités ;

Qu'en principe, il ne revient pas à une personne responsable des marchés publics qui objectivement n'a aucun intérêt dans une ancienne entreprise, de s'ériger en défenseur des cas dont aucune ancienne entreprise ne se plaint et n'a saisi l'ARMP ;

Que force doit rester aux exigences du code des marchés publics en la matière ;

EN CONSEQUENCE, EMET L'AVIS QUI SUIT :

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

- 1- les critères relatifs aux capacités techniques et financières pour les anciennes entreprises qui ont cessé d'exercer au-delà de trois (03) ans et qui veulent reprendre leurs activités ne sont pas discriminatoires ;
- 2- la performance technique recherchée pour les entreprises ayant au moins trois (03) années d'existence équivaut aux expériences professionnelles du personnel d'encadrement technique à affecter à l'exécution du marché pour les entreprises naissantes ;
- 3- la date de création mentionnée dans le registre du commerce et/ou les statuts de l'entreprise est la première année d'existence de ladite entreprise et permet de classer les entreprises ;
- 4- l'année d'existence d'une entreprise n'est pas similaire au nombre d'années d'activités effectuées par cette entreprise ;
- 5- la Personne responsable des marchés publics de la commune de Bohicon doit appliquer scrupuleusement la réglementation des marchés publics en vigueur et se concentrer essentiellement sur ses attributions.

A blue circular official stamp of the ARMP (Autorité de Régulation des Marchés Publics) is overlaid with a handwritten signature in blue ink. The stamp contains the text 'Présidence de la République' at the top, 'Le Président' in the center, and 'ARMP' at the bottom.

Séraphin AGBAHOUNGBATA