



AVIS N°2023-094/ARMP/PR-CR/CRD/CD/SP/DRAJ/SRR/SA DU 31 JUILLET 2023

- DECLARANT LA PRIMAUTE DES DISPOSITIONS DE LA LOI N°2020-26 DU 29 SEPTEMBRE 2020 PORTANT CODE DES MARCHES PUBLICS EN REPUBLIQUE DU BENIN ET DE SES TEXTES D'APPLICATION SUR TOUTES AUTRES DISPOSITIONS EN MATIERE DES MARCHES PUBLICS ;
- RAPPELANT A TOUS LES ACTEURS DE LA CHAÎNE DES DEPENSES PUBLIQUES L'OBLIGATION DE RESPECTER STRICTEMENT LES DISPOSITIONS DE LA LOI N°2020-26 DU 29 SEPTEMBRE 2020 PORTANT CODE DES MARCHES PUBLICS EN REPUBLIQUE DU BENIN ET DE SES TEXTES D'APPLICATION, SOUS PEINE DE SANCTIONS.

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° 2020-595 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 ;

Ensemble les pièces complémentaires du dossier,

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

Considérant que par lettre n°62/0419/CD/SE/PRMP/SP-PRMP/DGCMaP du 28 avril 2023, enregistrée au Secrétariat administratif de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) le 02 mai 2023 sous le numéro 0873-23, la Personne Responsable des Marchés Publics (PRMP) de la Commune de Djougou a saisi l'ARMP d'une demande d'avis relative à des difficultés liées à l'exécution des marchés publics ;

Que dans sa lettre de saisine, la PRMP de la Commune de Djougou expose lesdites difficultés comme suit :

1. « Sur la difficulté liée à la composition de la Commission de réception des travaux et à la composition de l'équipe d'une séance de prise d'attachement sur un marché des travaux »

L'article 8 du contrat contenu dans le Dossier Type d'Appel d'Offres des Travaux (DTAO) stipule que : « les attachements et situations des ouvrages exécutés seront pris au fur et à mesure des travaux par le maître d'œuvre ou le représentant de l'Autorité contractante en présence de l'Entrepreneur et contradictoirement avec lui ». L'article 13 du Cahier des Clauses Administratives Générales (CCAG) en définit la procédure. Il apparaît donc que c'est seulement deux à trois personnes qui font l'attachement.

Mais certains acteurs exigent la participation du Comptable des Matières, de l'Ordonnateur des Matières (la Secrétaire Exécutive) et du Contrôleur Financier. Ils s'appuient sur l'arrêté ministériel 2018 N°4117-c/MEF/DC/SGM/DGML/DNCMP/DM/SP/521SGG18 du 31/12/2018 portant fixation des règles de réception des commandes, dons et legs des matières de l'Etat en son article 3 (cf. pj1) qui dispose que « toute réception de marchés publics, dont le montant est supérieur ou égal au seuil de dispense, doit faire l'objet de réception par une commission composée, au moins du Contrôleur Financier, de l'Ordonnateur des matières, du Comptable des matières ou leurs représentants et d'un spécialiste du bien concerné ».

Cet état de chose a été source de lenteur administrative dans les prises d'attachement. Les différentes séances organisées par la Secrétaire Exécutive m'a permis de faire comprendre que les attachements et réceptions provisoires ont deux régimes juridiques différents de sorte qu'actuellement, c'est seulement le Contrôleur Financier qui est associé aux séances de prise d'attachement.

En ce qui concerne les séances de réception, certains acteurs se fondent toujours sur le même arrêté ministériel pour exiger la présence obligatoire du Comptable des Matières, de l'Ordonnateur des Matières (la Secrétaire Exécutive) et du Contrôleur Financier qui ne sont pas prévus aux contrats. Mais d'autres acteurs ont expliqué qu'en raison de ce que les contrats déjà conclus ne les ont pas intégrés, le président de la commission de réception peut leur faire appel en qualité de personnes-ressources ayant des signatures facultatives. La compréhension n'ayant toujours pas été trouvée, la difficulté demeure.

2. Sur la difficulté liée à une réception provisoire prononcée avec réserves

Conformément aux dispositions de l'article 41.3 du CCAG-DTAO, une séance de réception provisoire peut donner lieu à l'un des procès-verbaux (PV) ci-après :

- ❖ PV de réception provisoire prononcée sans réserve ;
- ❖ PV de réception provisoire prononcée avec réserves ;
- ❖ PV de rejet de réception provisoire.

Ainsi, « lorsque la réception provisoire est assortie de réserves, l'entrepreneur doit remédier aux imperfections et malfaçons correspondantes dans le délai fixé par l'Autorité contractante ou, en l'absence d'un tel délai, trois (3) mois avant la réception définitive » (article 41.4 du CCAG-DTAO travaux).

Mais les acteurs de la trésorerie communale exigent l'absence d'observations sur ledit PV avant d'opérer le paiement. Ce qui amène les entrepreneurs à faire beaucoup de tracasseries nécessaires à la prise en compte de ces observations avant d'obtenir le paiement. Cela se passe souvent par des négociations directes et informelles conformément aux clauses contractuelles relatives au règlement amiable. *A*

Cette situation est de plus en plus source de contentieux qu'il est nécessaire de solliciter l'avis de votre Autorité en vue de son règlement définitif.

3. Sur la difficulté liée au remboursement de l'avance de démarrage par précomptes

L'article 6 alinéas 4 et 5 du contrat contenu dans le DTAO-travaux, a prévu que : « le remboursement de cette avance est effectué par précompte (insérer le taux) sur les acomptes et éventuellement sur le solde dû à l'Entrepreneur. La totalité de l'avance doit être remboursée au plus tard dès le moment où la valeur en prix de base des prestations réalisées atteint 80% du montant du marché ». Ainsi, c'est le prélèvement progressif à chaque décompte qui est prescrit dans le contrat en vue du remboursement de l'avance de démarrage. Lorsque les travaux auront atteint 80%, le prélèvement intégral sera fait.

Cependant, la nomenclature des pièces justificatives des dépenses publiques communales (cf. pj 2, page 43) a prescrit que « l'avance est retenue en intégralité sur le premier décompte. Pour ce faire, il est souhaité que les contrats intègrent déjà cette mention ». Dans ce sens, même si les contrats de marchés publics ne prévoient pas cette possibilité, c'est le paiement intégral qui est exigé aux prestataires. Les factures ou mandats qui ne le prennent pas en compte sont rejetés. Ce qui devient source de contentieux justifiant la présente demande d'avis » ;

Qu'elle indique que ces difficultés ont pour origine, l'application simultanée des textes régissant les marchés publics et des textes prescrivant les pièces justificatives des dépenses publiques dans les communes ;

Qu'au regard des contentieux liés auxdites difficultés, elle sollicite l'avis de l'organe de régulation afin de trouver une solution définitive à ces difficultés ;

Qu'il résulte des faits ci-dessus exposés et de l'examen des pièces du dossier que la demande d'avis de la PRMP de la Commune de Djougou porte sur la détermination des textes applicables en cas de conflit entre plusieurs d'entre eux ;

Considérant les dispositions de l'article 132 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin selon lesquelles : « Les textes particuliers réglementant les activités des différents ordres professionnels reconnus en République du Bénin doivent se conformer aux prescriptions de la présente loi » ;

Que l'article 133 de ladite loi dispose : « Sont abrogées, toutes les dispositions législatives ou réglementaires antérieures contraires ou incompatibles avec les dispositions de la présente loi » ;

Considérant que le principe de la hiérarchie des normes commande que toutes les dispositions de rang inférieur doivent se conformer aux dispositions qui leur sont supérieures ;

Qu'il résulte de l'analyse de ces dispositions ci-dessus rappelées qu'en matière de réglementation des procédures de passation, de contrôle et d'exécution de la commande publique au Bénin, c'est d'abord la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin qui est la norme supérieure, viennent ensuite ses décrets d'application ainsi que les Circulaires et décisions de l'organe de régulation ;

Que cette primauté résulte en outre de ce que la loi portant code des marchés publics comporte des règles spécifiques qui priment sur toutes dispositions d'ordre général ; 4

Qu'en conséquence, en ce qui concerne les marchés publics, tous les autres textes législatifs et réglementaires qui abordent des aspects relatifs aux marchés publics doivent se conformer aux prescriptions de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 susvisée et ses décrets d'application, et que ceux qui lui sont contraires ou incompatibles ne sont pas applicables ;

Considérant les dispositions de l'article 46 de ladite loi aux termes desquelles : « *Les marchés sont passés sur la base des dossiers types d'appel à concurrence élaborés par l'Autorité de régulation des marchés publics.*

Les éléments constitutifs du dossier d'appel à concurrence sont déterminés par décret pris en Conseil des ministres. Ils comprennent notamment :

- *le cahier des clauses administratives générales (CCAG) ;*
- *le règlement particulier de l'appel à concurrence (RPAC) ;*
- *le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) ;*
- *le cahier des clauses techniques générales (CCTG) ;*
- *le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) ;*
- *le cahier des clauses environnementales (CCE) ;*
- *les termes de référence (TDR) ou le descriptif de la fourniture ;*
- *le cadre du bordereau des prix unitaires ;*
- *le cadre du détail estimatif comprenant les quantités à exécuter (DQE) ;*
- *le cadre du sous-détail des prix ;*
- *les formulaires types relatifs notamment à la soumission et aux cautions ».*

Considérant que le décret n°2020-602 du 23 décembre 2020 portant approbation des documents types de passation des marchés publics en République du Bénin a été pris en application des dispositions ci-dessus ;

Que l'article 1^{er} dudit décret approuve, entre autres documents types et au point 1, le dossier d'appel d'offres pour la passation des marchés de travaux ;

Qu'ainsi, les stipulations de ce dossier d'appel d'offres (DAO) sont applicables à tous les marchés de travaux de montants supérieurs ou égaux aux seuils de passation ;

Considérant que dans le cas de la demande objet du présent avis, certains acteurs font référence aux stipulations de la clause 13 du Cahier des Clauses Administratives Générales (CCAG) et celles de l'article 8 du contrat type de ce DAO relatives respectivement aux constatations et constats contradictoires et aux acomptes sur travaux, celles de l'arrêté 2018 N°4117-c/MEF/DC/SGM/DGML/DNCMP/DM/SP/21SGG18 du 31 décembre 2018 portant fixation des règles de réception des commandes, dons et legs des matières de l'Etat, notamment en son article 3 ;

Qu'il en est de même des clauses 41.3, 41.4 et 41.5 des CCAG du DAO travaux relatives à la possibilité du prononcé d'une réception provisoire sous réserve, que les trésoriers communaux refusent d'admettre et obligent à corriger avant d'opérer les paiements, et des dispositions de l'article 6 alinéas 4 et 5 du modèle de marché qui ont prévu que « *Le remboursement de cette avance est effectué par précompte [insérer le taux] sur les acomptes et éventuellement sur le solde dû à l'Entrepreneur. La totalité de l'avance doit être remboursée au plus tard dès le moment où la valeur en prix de base des prestations réalisées atteint 80% du montant du*

marché », alors que la nomenclature des pièces justificatives des dépenses publiques communales en sa page 43 a prescrit que « *l'avance est retenue en intégralité sur le premier décompte. Pour ce faire, il est souhaité que les contrats intègrent déjà cette mention* » ;

Qu'étant donné que les dispositions réglementaires susmentionnées sont contraires à celles des dossiers types, y faire référence aux fins de les appliquer, viole les prescriptions des articles 132 et 133 de ladite loi ;

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

- de conclure que seules sont applicables en matière de marchés publics, les dispositions de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin et de ses textes d'application, en cas de contradictions avec d'autres textes législatifs et réglementaires avec lesdites dispositions ;
- d'appeler l'attention de tous les acteurs de la chaîne des dépenses publiques au respect strict des dispositions de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics et de ses textes d'application, sous peine des sanctions prévues à cet effet.

EN CONSEQUENCE, EMET L'AVIS CI-APRES :

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

1. déclare la primauté des dispositions de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin et de ses textes d'application, sur toutes autres dispositions, notamment les textes et normes de rang inférieur et/ou d'ordre général ;
2. recommande à tous les acteurs de la chaîne des dépenses publiques le respect strict des dispositions de cette loi et de ses textes d'application, sous peine des sanctions prévues à cet effet. 



Séraphin AGBAHOUNGBATA