



COMMISSION DE REGLEMENT
DES DIFFERENDS (CRD)

DECISION N° 2023-103/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA DU 02 AOUT 2023

AFFAIRE N°2023-103/ARMP/SA/1419-23

RECOURS ENTREPRISE « AYE FELE
SOLAR POWER »

CONTRE

COMMUNE DE OUIDAH

- 1- DECLARANT RECEVABLE ET MAL FONDE LE RECOURS DE L'ETABLISSEMENT « AYE FELE SOLAR POWER » EN CONTESTATION DE LA DECISION DE REJET DE SON OFFRE DANS LE CADRE DE LA PROCEDURE DE PASSATION DE L'APPEL D'OFFRES OUVERT N°5/0210/F_DST_72621/CO/PRMP-SPPRMP/CCMP DU 23 MAI 2023 RELATIF A L'ACQUISITION ET POSE DE LAMPADAIRES SOLAIRES DANS LA COMMUNE DE OUIDAH ;
- 2- ORDONNANT LA POUSUITE 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 n°0154/AFSP/SA/SJ/DG du 24 juillet 2023, enregistrée au Secrétariat administratif de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics à la même date sous le numéro 1419-23 portant recours de l'établissement « AYE FELE POWER » contre la Personne Responsable des Marchés Publics de la Mairie de Ouidah ;
- Vu le bordereau n°5/0429/CO/PRMP/SP-PRMP du 25 juillet 2023, enregistré au Secrétariat administratif de l'ARMP le 26 juillet 2023 portant transmission par la Personne responsable des marchés publics des informations nécessaires à l'instruction du recours de l'établissement « AYE FELE POWER » ;

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 : madame Francine AÏSSI HOUANGNI et monsieur Martin Vihoutou ASSOGBA, réunis en session le mercredi 02 août 2023 ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

I- LES FAITS

Par lettre n°0154/AFSP/SA/SJ/DG du 24 juillet 2023, l'établissement « AYE FELE SOLAR POWER » a saisi l'Autorité de Régulation des Marchés Publics d'un recours en contestation de la décision de rejet de son offre dans le cadre de la procédure de passation de l'appel d'offres ouvert n°5/0210/F_DST_72621/CO/PRMP-SPPRMP/CCMP du 23 mai 2023 relatif à l'acquisition et pose de lampadaires solaires dans la commune de Ouidah.

En effet, l'offre de l'établissement « AYE FELE SOLAR POWER » a été rejetée pour avoir proposé une offre plus chère et classée 4^{ème}. Le requérant dit avoir fait un rabais de 4% sur le matériel à importer, à prendre en compte si son offre serait retenue.

N'étant pas satisfait de la décision de rejet de son offre, le Promoteur de l'établissement « AYE FELE SOLAR POWER », suite à un recours administratif préalable sans suite favorable, a saisi l'ARMP pour se faire rétablir dans ses droits.

II- SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS DE L'ETABLISSEMENT « AYE FELE SOLAR POWER »

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, 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 des recours devant l'ARMP ;
- l'exercice du recours préalable devant la Personne responsable des marchés ou son supérieur hiérarchique et de celui devant l'ARMP, est enfermé dans des délais dont l'inobservance est sanctionnée par l'irrecevabilité de la requête.

Considérant qu'en l'espèce, l'établissement « AYE FELE SOLAR POWER » a reçu la notification des résultats de l'analyse et de l'évaluation des offres le mercredi 19 juillet 2023 par lettre n°5/0415/CO/PRMP/SPRMP du 19-07-2023, lettre reçue par « AYE FELE SOLAR POWER » le 19 juillet 2023 ;

Que l'établissement « AYE FELE SOLAR POWER » a exercé son recours administratif préalable, le mercredi 19 juillet 2023 par lettre n°0151/AFSP/SA/SJ/DG de la même date ;

Que la PRMP de la commune de Ouidah a répondu au recours administratif préalable de l'établissement « AYE FELE SOLAR POWER », le lundi 24 juillet 2023 par lettre n°5/0424/CO/PRMP/SPRMP du 21 juillet 2023 ;

Que non satisfait de la réponse donnée par la PRMP de la commune de Ouidah, l'établissement « AYE FELE SOLAR POWER » a introduit son recours devant l'ARMP, le lundi 24 juillet 2023 par lettre n°0154/AFSP/SA/SJ/DG du 24 juillet 2023, enregistrée au Secrétariat administratif de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics à la même date sous le numéro 1419-23 ;

Qu'au regard de tout ce qui précède, l'établissement « AYE FELE SOLAR POWER » 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 le déclarer recevable.

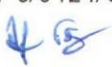
III- DISCUSSION

A- MOYENS DE L'ETABLISSEMENT « AYE FELE SOLAR POWER »

A l'appui de son recours exercé devant l'ARMP, l'établissement « AYE FELE SOLAR POWER » fait valoir dans son mémoire les moyens suivants :

- « ... nous rejetons les résultats qui ont abouti à désigner l'entreprise « ACMAR », attributaire provisoire pour un montant de vingt-deux millions sept cent quinze mille (22 715.000) FCFA TTC au moment où nous avons accordé un rabais de 4% sur 18 708 450 pour l'ensemble du matériel à importer et qui revient à un montant de dix-sept millions neuf cent soixante mille cent douze (17.960.112) FCFA et suivant le détail ci-après :
 - Kit de lampadaire solaire avec rabais : 17.960.112 FCFA ;
 - Transport de kit : 150 000 FCFA ;
 - Travaux d'installation : 1.125.000 FCFA ;
 - Total Hors Taxe : 19 235 112 FCFA ;
 - Montant total TTC de notre offre ; 22 697, 432 FCFA

De ce fait, nous contestons les résultats pour la non prise en compte de notre rabais accordé.

- « De plus nous constatons que la PRMP a violé la Note Circulaire n°2023-02/PR/ARMP/SP/DRAJ/SAJ/SA du 20 juin 2023 portant clarification des délais de recevabilité des recours dans le cadre des procédures de sollicitations des prix. Elle s'en prend également à une soit disante erreur de date sur l'avis évoqué dans notre lettre n°151/AFSP/SA/SJ/DG en date du 19/07/2023 et voulant nous faire la morale s'est fait piégée elle-même en nous mentionnant la date du 23 juin 2023 pour date de lancement de l'avis dans sa lettre n°5/0424/CO/PRMP/SPRMP en date du 21 juillet 2023 or les offres ont été déposées le 15 juin 2023 ». 



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

En réplique aux moyens de l'établissement « AYE FELE SOLAR POWER », la Personne Responsable des Marchés Publics de la Commune de Ouidah soutient à travers son mémoire, ce qui suit :

- 1- « les références citées par le soumissionnaire, ne sont pas conformes aux références de la procédure en question ; et des observations lui ont été déjà faites à ce sujet, dans les réponses que je lui avais envoyées. Ce constat s'est confirmé dans le recours qu'il vient de formuler devant votre Autorité. La référence du DAO (N° 5H/0210/F_DST_72621/CO/PRMP-SPRMP/CCMP du 23 mai 2023) à laquelle il fait allusion, n'est toujours pas conforme à la référence de la procédure » ;
- 2- « le soumissionnaire rejette les résultats qui ont abouti à désigner l'entreprise "ACMAR" attributaire provisoire pour un montant de vingt-deux millions sept-cent quinze mille (22 715 000) francs CFA TTC au motif que AYE FELE SOLAR POWER a accordé un rabais de 4% sur 18 708 450 pour l'ensemble du matériel à importer et qui revient à un montant de dix-sept millions neuf cent soixante mille cent douze (17 960 112) francs CFA hors taxe et 22 697 432 francs CFA TTC » ;
- 3- « au sujet du montant **TTC de 22 697 432 francs CFA** avancé dans sa lettre de recours devant votre autorité, je note d'abord une contradiction entre ce montant et celui avancé (**20 212 950 francs CFA TTC**) dans sa lettre du 19 juillet 2023 après notification de l'attribution provisoire. De même, le devis quantitatif et estimatif contenu dans son offre mentionne un troisième montant **TTC de 23 580 471 francs CFA**. Une clarification s'impose donc à ce niveau. Ces déclarations contradictoires embrouillent et retardent dans la conduite de la procédure pour le bonheur des populations de la Commune de Ouidah. Il était indispensable de les porter à votre connaissance » ;
- 4- « le soumissionnaire déclare dans sa lettre de soumission : « ...si notre offre est retenue, les rabais ci-après seront accordés : un rabais de 4% sera accordé sur le matériel à importer (...).ce rabais de 4% sera déduit de chaque décompte » fin de citation » ;
- 5- « à la lecture et examen de ces déclarations, la Commission d'Ouverture et d'Evaluation des Offres (COE), a jugé qu'il s'agit d'un **rabais conditionnel**. Pis encore, le soumissionnaire n'envisage même pas prendre en compte le rabais conditionnel à l'étape d'attribution provisoire, ni de signature du contrat, mais seulement, lors des décomptes ; donc en pleine exécution de la commande. Ce rabais, considéré comme rabais conditionnel, ne peut donc être pris en compte, pour l'évaluation financière de son offre » ;
- 6- « en conclusion, l'offre du soumissionnaire « AYE FELE SOLAR POWER », est bel et bien de 19 983 450 francs HT ; soit 23 580 471 francs CFA TTC. Ces montants sont respectivement supérieurs à 19 250 000 francs HT et 22 715 000 TTC qui constituent les montants de l'offre du soumissionnaire ACMAR ayant présenté l'offre techniquement conforme, économiquement la plus avantageuse et ayant les qualifications requises pour exécuter la commande » ;
- 7- « le soumissionnaire estime que la PRMP a violé la Note Circulaire N° 2023-002/PR/ARMP/SP/DRAJ/SAJ/SA DU 20 Juin 2023 portant clarification des délais de recevabilité des recours dans le cadre des procédures de sollicitation des prix. Ladite circulaire qui ne concerne pas un appel d'offres ouvert national » ;
- 8- « le soumissionnaire déclare que malgré sa demande de PV d'évaluation et d'attribution du marché, la PRMP est restée muette à sa requête. Je lui ai transmis l'avis n°2022-029/ARMP/PR-CR/CRD/CD/SP/DRAJ/SA DU 14 juin 2022 portant clarification de l'article 79 de la loi n° 2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin. Cet avis proscriit la transmission du rapport d'analyse à un soumissionnaire. La lettre de notification des résultats provisoires lui a été aussi envoyée, contenant entre autres, les raisons qui justifient le rejet de son offre et celles des autres candidats, l'identité de l'attributaire provisoire et le montant adjugé de son offre. Le procès-verbal d'attribution a été également publié dans les canaux requis ».

IV- CONSTATS ISSUS DE L'INSTRUCTION

Des faits, moyens et instruction du présent recours, il se dégage les constats suivants :

Constat n°1

Sur la contradiction des montants évoqués par l'établissement « AYE FELE SOLAR POWER »

- l'établissement « AYE FELE SOLAR POWER » évoque dans son recours devant l'ARMP le montant TTC de vingt-deux millions six cent quatre-vingt-dix-sept mille quatre cent trente-deux (22 697 432) francs CFA ;
- au niveau de son recours du 19 juillet 2023 devant la PRMP après notification de l'attribution provisoire, il avance comme montant de son offre vingt millions deux cent douze mille neuf cent cinquante (20 212 950) francs CFA TTC ;
- son devis quantitatif et estimatif contenu dans son offre mentionne un troisième montant TTC de vingt-trois millions cinq cent quatre-vingt mille quatre cent soixante-onze (23 580 471) francs CFA.
- sa lettre de soumission porte comme prix total de son offre, hors rabais offerts (4%) : 19 983 450 HT

Il y a défaut de cohérence dans les informations produites par l'établissement « AYE FELE SOLAR POWER ».

Cependant, il est tenu compte du montant de l'offre l'établissement « AYE FELE SOLAR POWER » contenu dans sa lettre de soumission. Dans le cas d'espèce, la COE a retenue dix-neuf millions neuf cent quatre-vingt-trois mille quatre cent cinquante (19 983 450) HT.

Constat n°2

Sur la régularité de la non prise en compte du rabais proposé par l'établissement « AYE FELE SOLAR POWER ».

- a. le rabais de 4% sur les équipements, proposé par l'établissement « AYE FELE SOLAR POWER » dans sa lettre de soumission, a été mentionné dans le Procès-verbal d'ouverture des offres à la page 4 ;
- b. l'établissement « AYE FELE SOLAR POWER » a proposé son rabais dans sa lettre de soumission conformément à l'IC 14.1 c, pages 28 du DAO.
- c. l'IC 14.1 c, pages 28 du DAO stipule que : « le candidat indiquera tout rabais inconditionnel ou conditionnel et la méthode d'application dudit rabais dans la lettre de soumission de l'offre » ;
- d. le prix de l'offre financière corrigée de l'établissement « AYE FELE SOLAR POWER » est de montant dix-neuf millions neuf cent quatre-vingt-trois mille quatre cent cinquante (19 983 450) FCFA HT tandis que celui de l'attributaire est de vingt-deux millions sept cent quinze mille (22 715 000) F CFA TTC.

Etant donné qu'il s'agit d'un rabais conditionnel, la COE ne peut le prendre en compte que si son offre est retenue.

Constat n°3

La Circulaire N° 2023-002/PR/ARMP/SP/DRAJ/SAJ/SA du 20 juin 2023 portant clarification des délais de recevabilité des recours dans le cadre des procédures de sollicitation des prix concerne les procédures de sollicitation des prix.

V- OBJET ET ANALYSE DU RECOURS

Il résulte de la saisine, des moyens des parties et constats issus de l'instruction que le recours de l'établissement « AYE FELE SOLAR POWER » porte sur le rejet de son rabais proposé. 



Sur le rejet des offres de l'établissement « AYE FELE SOLAR POWER », motif tiré du refus de prise en compte de son rabais

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

Considérant les stipulations de l'IC 14.1 c, pages 28 du DAO selon lesquelles : « Le candidat indiquera tout rabais inconditionnel ou conditionnel et la méthode d'application dudit rabais dans la lettre de soumission de l'offre » ;

Considérant qu'en l'espèce, l'établissement « AYE FELE SOLAR POWER » conteste le rejet de son offre du fait que le rabais qu'il a proposé n'a pas été pris en compte par la COE ;

Que pour lui, si ce rabais avait été pris en compte, son offre serait évaluée économiquement la plus avantageuse ;

Que l'examen des moyens des parties et des pièces du dossier révèle que l'établissement « AYE FELE SOLAR POWER » a proposé un rabais conditionnel dont la prise en compte ne peut être faite que s'il est désigné attributaire du marché ;

Qu'en effet, dans sa lettre de soumission au point d, il est écrit : « les rabais offerts et les modalités d'application desdits rabais sont les suivants ; Rabais : **si notre offre est retenue**, les rabais ci-après seront accordés : un rabais de 4% sera accordé sur le matériel à importer (kits de lampadaires solaire ALL in One, mono crosse avec mât en acier galvanisé de 6 à 8 m de hauteur, y compris un luminaire à LED de 80 W et les accessoires de 80 W et les accessoires de fixation et toutes sujétions). Modalités d'application des rabais : les rabais seront accordés comme suit : **ce rabais de 4% sera déduit de chaque décompte** » ;

Qu'ainsi, la condition de l'application de ce rabais est que l'offre du requérant soit retenue, ce qui n'est pas le cas en l'espèce où il est classé 4^{ème} après l'évaluation des offres financières ;

Que s'il s'agissait d'un rabais inconditionnel, la COE serait tenue de l'appliquer automatiquement au montant de l'offre du requérant ;

Que la COE ne peut prendre en compte ledit rabais, que si l'offre de l'établissement « AYE FELE SOLAR POWER » est retenue ;

Qu'il est à considérer que l'offre retenue s'entend l'offre techniquement et financièrement conforme qui remplit les critères de qualification prévus dans le dossier ;

Qu'en outre, que le rabais soit conditionnel ou inconditionnel, aucune des modalités d'application ne peut se faire lors des décomptes comme le propose le requérant car le montant définitif de l'attribution du marché doit être connu et consigné dans le contrat à soumettre à l'approbation ;

Qu'en cas de rabais conditionnel, il revient au soumissionnaire de bien préciser les modalités cohérentes de son application sans quoi, il lui serait difficile d'en bénéficier ;

Que l'offre de l'établissement « AYE FELE SOLAR POWER » n'étant pas la mieux classée et les modalités de l'application de son rabais n'étant pas cohérentes, c'est à bon droit que la COE a rejeté l'offre du requérant au profit de celle de l'établissement « ACMAR » ;

Qu'en conséquence, la décision de rejet de l'offre de l'établissement « AYE FELE SOLAR POWER » pour non prise en compte de son rabais lors de l'évaluation, est régulière.

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



DECIDE :

Article 1^{er} : Le recours de l'établissement « AYE FELE SOLAR POWER » est recevable.

Article 2 : Le recours de l'établissement « AYE FELE SOLAR POWER » est mal-fondé.

Article 3 : La suspension de la procédure de passation de la procédure de passation de l'appel d'offres ouvert n°5/0210/F_DST_72621/CO/PRMP-SPPRMP/CCMP du 23 mai relatif à l'acquisition et pose de lampadaires solaires dans la commune de Ouidah, est levée.

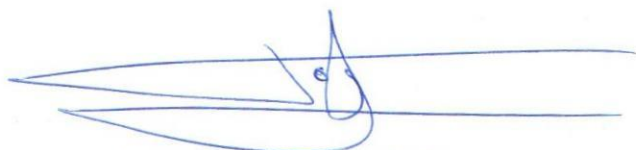
Article 4 : La présente décision sera notifiée :

- au Promoteur de l'établissement « AYE FELE SOLAR POWER » ;
- à la Personne Responsable des Marchés Publics de la commune de Ouidah ;
- au Chef de la Cellule de contrôle des marchés public de la commune de Ouidah ;
- au Secrétaire Exécutif de la commune de Ouidah ;
- au Maire de la commune de Ouidah ;
- au Préfet du Département de l'Atlantique ;
- au Ministre de la Décentralisation et de la Gouvernance Locale ;
- à madame la Directrice Nationale 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/CRD)