



AVIS N°2023-170/ARMP/PR-CR/CRD/CD/SP/DRAJ/SRR/SA DU 19 DECEMBRE 2023

PRECISANT A LA SOCIETE « ACCOMPLISSEMENT DU SALUT POUR LA NOUVELLE JUSTICE (AS-NJ) SARL » QU'EN CAS D'EXCLUSION D'UNE PERSONNE MORALE OU PHYSIQUE DE LA COMMANDE PUBLIQUE PAR L'AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS (ARMP) :

- 1) LADITE PERSONNE MORALE OU PHYSIQUE POURSUIT ET ACHEVE L'EXECUTION DES CONTRATS EN COURS D'EXECUTION AVANT LE PRONONCE DE LA DECISION D'EXCLUSION ;
- 2) AUCUNE NOTIFICATION D'ATTRIBUTION PROVISoire DE MARCHÉ NE DOIT ÊTRE ADRESSEE A LADITE PERSONNE MORALE OU PHYSIQUE APRES LE PRONONCE DE LA DECISION D'EXCLUSION ;
- 3) TOUTE NOTIFICATION D'ATTRIBUTION PROVISoire DE MARCHÉ (NON ENCORE APPROUVE) FAITE A LADITE PERSONNE MORALE OU PHYSIQUE AVANT LE PRONONCE DE LA DECISION D'EXCLUSION DOIT ÊTRE ANNULEE PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE CONCERNEE ;
- 4) AUCUNE ENTREPRISE DONT L'ACTIONNAIRE MAJORITAIRE EST UN PROMOTEUR OU GERANT D'UNE AUTRE ENTREPRISE, EXCLU DE LA COMMANDE PUBLIQUE, NE DOIT PARTICIPER A LA COMMANDE PUBLIQUE PENDANT LA PERIODE D'EXCLUSION.

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 ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

Considérant que par lettre n°210/AS-NJ/SA/CC du 07 décembre 2023, enregistrée au Secrétariat administratif de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) le 08 décembre 2023 sous le numéro 2367-23, le Directeur Général de la société « ACCOMPLISSEMENT DU SALUT POUR LA NOUVELLE JUSTICE (AS-NJ) SARL » a saisi l'ARMP d'une demande d'éclaircissement sur les implications de la décision n°2023-170/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA du 09 novembre 2023 de l'ARMP ;

Que dans sa requête, le Directeur Général de la société « AS-NJ SARL » sollicite de l'organe de régulation, suite à sa décision susmentionnée, la conduite à tenir sur :

- 1) les contrats en cours d'exécution par ladite société ;
- 2) les notifications d'attributions de marchés reçues par la société avant cette décision ;
- 3) la possibilité, pour le promoteur de la société, exclu à titre personnel, d'être actionnaire dans une autre société sans en faire partie de l'équipe dirigeante ;

Qu'il résulte des faits ainsi exposés que la demande du Directeur Général de la société « AS-NJ SARL » porte sur la clarification des effets de la décision n°2023-170/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA du 09 novembre 2023 visée supra ;

Considérant les dispositions de l'article 2 alinéa 1^{er} de la décision n°2023-170/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA du 09 novembre 2023 de l'ARMP selon lesquelles : « La décision d'attribution de ce marché à la société « AS-NJ SARL », est annulée » ;

Que l'article 3 de cette décision dispose : « Sont exclues de la commande publique en République du Bénin :

- la société « ACCOMPLISSEMENT DU SALUT POUR LA NOUVELLE JUSTICE (AS-NJ) SARL », pour une durée de deux (02) ans à compter du 27 novembre 2023 au 26 novembre 2025 et,
- son Gérant monsieur NASSARA Justin, pour une durée de cinq (05) ans à compter du 27 novembre 2023 au 26 novembre 2028 » ;

Qu'en sus, l'article 4 de la même décision dispose : « Pendant cette période, la société « ACCOMPLISSEMENT DU SALUT POUR LA NOUVELLE JUSTICE (AS-NJ) SARL » et son Gérant monsieur NASSARA Justin, ne peuvent postuler à des marchés publics à titre individuel ou personnel ou

en groupement, ni exercer aucune fonction dans la chaîne de la commande publique au sein de l'administration publique ou dans les projets sur financement extérieur au Bénin » ;

Qu'il ressort de ce qui précède que :

- l'attribution du marché relatif à l'entretien et nettoyage des locaux et espace vert du siège du Fonds de Développement de l'Artisanat (FDA) par accord-cadre à marchés subséquents, déjà notifiée à la société « AS-NJ SARL » avant le prononcé de la décision d'exclusion de l'ARMP, est annulée ;
- l'exclusion de la commande publique en République du Bénin de la société « AS-NJ SARL » et celle de son Gérant, monsieur NASSARA Justin, courent à partir du 27 novembre 2023 et prennent fin respectivement le 26 novembre 2025 et le 26 novembre 2028 ;
- durant leurs périodes d'exclusion respectives, la société « AS-NJ SARL » et son Gérant sont interdits de toute participation, sous quelque forme que ce soit, aux procédures de passation des marchés publics en République du Bénin ;

Considérant les dispositions de l'article 1^{er} de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin selon lesquelles l'approbation est définie comme étant la *« formalité administrative obligatoire matérialisée par la signature de l'autorité compétente qui a pour effet de valider le projet de contrat (ou le marché) »* ;

Qu'il résulte de cette définition que le contrat n'est formé qu'à partir de son approbation ;

Qu'ainsi, les parties ne sont liées qu'aux engagements réciproques consignés dans un contrat régulièrement approuvé par l'autorité compétente ;

Qu'en conséquence, les actes précédant l'approbation du contrat tels que la notification d'attribution provisoire d'un marché, la signature du projet de marché et son visa par les organes/autorités compétentes, n'engagent pas véritablement les parties tant que ledit marché n'a pas été approuvé par l'autorité compétente ;

Qu'il y a lieu de conclure que :

- ✓ toute notification d'attribution provisoire de marché faite à une entreprise exclue de la commande publique en République du Bénin avant le prononcé de la décision d'exclusion, doit être annulée par l'autorité contractante concernée ;
- ✓ aucune notification d'attribution provisoire de marché ne doit être adressée à une entreprise exclue de la commande publique après le prononcé de la décision d'exclusion ;

Considérant par ailleurs les dispositions de l'article 87 alinéa 1^{er} de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 susvisée et selon lesquelles : *« Le marché entre en vigueur dès sa notification au titulaire ou à une date ultérieure si le marché le prévoit. L'entrée en vigueur du marché marque le début des obligations juridiques d'exécution et, sauf dispositions contraires du marché, le début des délais de réalisation »* ;

Qu'en lien avec cette disposition législative, la clause des modèles de marché des dossiers d'appel à concurrence types relative à l'entrée en vigueur du marché stipule que : « (...) *Le présent marché entre en vigueur dès sa notification au titulaire ou à une date ultérieure [à préciser] mentionnée dans l'ordre de service de démarrage.*

L'entrée en vigueur du marché marque le début des obligations juridiques d'exécution et, sauf dispositions contraires du marché, le début des délais de réalisation » ;

Que dans la pratique, un ordre de service de démarrage de l'exécution est notifié au titulaire par l'autorité contractante pour marquer le début d'exécution du contrat ;

Qu'il ressort des dispositions ci-dessus et de la pratique de délivrance d'ordre de service de démarrage largement répandue que l'exécution du contrat devient effective à compter de la date mentionnée dans l'ordre de service et que cette date marque le début des obligations juridiques des parties ;

Considérant qu'au surplus, l'article 2 du code civil énonce le principe de la non-rétroactivité de la loi comme suit : « *La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* » ;

Que cette disposition signifie que la loi s'applique aux situations nouvelles et n'a pas d'effet sur les situations passées ;

Qu'il en résulte que l'exclusion de la commande publique d'une personne morale ou d'une personne physique ne saurait impacter les contrats en cours d'exécution dont ladite entreprise ou l'individu concerné est titulaire ;

Qu'il y a lieu alors d'établir que toute personne morale ou d'une personne physique exclue de la commande publique, mais qui est titulaire d'un marché public (déjà approuvé) en cours d'exécution avant la date du prononcé de la décision d'exclusion, poursuit et achève l'exécution de(s)dit(s) contrat(s) conformément aux clauses contractuelles, sauf cas spécifiques de résiliation prévus par les textes en vigueur et le contrat ;

Considérant en outre les dispositions de l'article 123 alinéa 2, 2^{ème} tiret de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 susvisée aux termes desquelles : « *Les sanctions suivantes peuvent être prononcées, et, selon le cas, de façon cumulative :*

- *l'exclusion de la concurrence pour une durée déterminée en fonction de la gravité de la faute commise, y compris, en cas de collusion régulièrement constatée par l'organe de régulation, de toute entreprise qui possède la majorité du capital de l'entreprise sanctionnée, ou dont l'entreprise sanctionnée possède la majorité du capital » ;*

Qu'à titre de rappel, l'article 4 de la décision n°2023-170/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA du 09 novembre 2023 dispose : « *Pendant cette période, la société « ACCOMPLISSEMENT DU SALUT POUR LA NOUVELLE JUSTICE (AS-NJ) SARL » et son Gérant monsieur NASSARA Justin, ne peuvent postuler à des marchés publics à titre individuel ou personnel ou en groupement, ni exercer aucune fonction dans la chaîne de la commande publique au sein de l'administration publique ou dans les projets sur financement extérieur au Bénin » ;*

Qu'il en résulte que toute personne morale ou d'une personne physique exclue de la commande publique ne doit participer, sous quelque forme que ce soit, aux procédures de passation des marchés publics en République du Bénin durant la période d'exclusion ;

Que de même, est exclue de la commande publique, toute entreprise qui possède la majorité du capital de l'entreprise sanctionnée, ou dont l'entreprise sanctionnée possède la majorité du capital ;

Que rapportée à l'exclusion à titre personnel d'un acteur (promoteur ou gérant d'une entreprise), cette disposition signifie qu'aucune entreprise dont l'actionnaire majoritaire est un promoteur ou gérant d'une autre entreprise, exclu de la commande publique, ne doit participer à la commande publique.

EN CONSEQUENCE, EMET L'AVIS CI-APRES :

L'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) établit qu'en cas d'exclusion d'une entreprise de la commande publique par l'ARMP :

- 1) ladite entreprise poursuit et achève l'exécution des contrats dont elle est titulaire et qui sont en cours d'exécution avant le prononcé de la décision d'exclusion ;
- 2) aucune notification d'attribution provisoire de marché ne doit être adressée à ladite entreprise après le prononcé de la décision d'exclusion ;
- 3) toute notification d'attribution provisoire de marché non encore approuvé faite à ladite entreprise avant le prononcé de la décision d'exclusion doit être annulée par l'autorité contractante concernée ;
- 4) aucune entreprise dont l'actionnaire majoritaire est un promoteur ou gérant d'une autre entreprise, exclue de la commande publique, ne doit participer à la commande publique.



Séraphin AGBAHOUNGBATA