



AVIS N° 2024-144/ARMP/PR-CR/CRD/CD/SP/DRR-AT/SRR/SA DU 27 SEPTEMBRE 2024

- PRÉCISANT A LA PERSONNE RESPONSABLE DES MARCHÉS PUBLICS DE LA SOCIÉTÉ NATIONALE DES EAUX DU BÉNIN (SONEB) QU'IL N'EXISTE AUCUNE HIERARCHISATION DES ACTIVITÉS DANS L'OBJET SOCIAL FIGURANT AU REGISTRE DE COMMERCE ET DU CREDIT MOBILIER (RCCM) OU AUX STATUTS DU SOUSMISSIONNAIRE CONFORMEMENT AUX DISPOSITIONS DE L'ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES ;
- DIT QUE DANS LE CADRE DE LA FINALISATION DU DOSSIER D'APPEL A CONCURRENCE ET DE L'APPRECIATION DES CRITERES LORS DE D'EVALUATION DES SOUMISSIONS, LA SIMPLE INSCRIPTION DANS L'OBJET SOCIAL DE L'ACTIVITE POUR LAQUELLE L'ENTREPRISE A SOUMISSIONNE SUFFIT POUR ETRE PRISE EN COMPTE ;
- INDIQUANT QU'IL EST INTERDIT TOUTE MENTION DE SPECIALISATION, D'HIERARCHISATION, DE CLASSIFICATION DU DOMAINE D'ACTIVITES DES CANDIDATS EN PRINCIPAL ET SECONDAIRE DANS LES DOSSIERS D'APPEL A CONCURRENCE ;
- INVITANT LA PERSONNE RESPONSABLE DES MARCHÉS PUBLICS DE LA SONEB A EN TIRER LES CONSEQUENCES DE DROIT QUI S'IMPOSENT.

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°2020-605 du 23 décembre 2020 fixant les règles et modalités de mise en œuvre des procédures de sollicitation de prix ;
- 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°2024-023/ARMP/PR-CR/CRD/CD/SP/DRAJ/SRR/SA du 07 février 2024 ;
- Vu l'acte uniforme relatif au droit des Sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ;
- Vu la lettre n°2024-3695/PR/ARMP/SP/DRR-AT/SRR/SA du 13 septembre 2024 portant demande d'informations de l'ARMP à l'APIEX ;
- Vu la lettre n°647/2024/APIEX/DO/RF/IS/SA du 23 septembre 2024 du Directeur général de l'APIEX en réponse à la demande d'informations de l'ARMP ;

Ensemble les pièces du dossier,

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

Considérant que par lettre n°1535/2024/SONEB/DG/PRMP du 29 juillet 2024, enregistrée au Secrétariat administratif de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) à la même date sous le numéro 1484-24, la Personne Responsable des marchés publics de (PRMP) de la Société Nationale des Eaux du Bénin (SONEB) a introduit une demande d'avis sur l'identification du domaine spécialisé d'activité, en absence de la mention des activités principales et secondaires sur le RCCM ou les statuts ;

Que dans sa requête, la PRMP de la SONEB expose ce qui suit :

- « Dans le cadre de l'élaboration de ses dossiers d'appel à concurrence, la SONEB inscrit généralement dans les critères de qualification que le soumissionnaire doit être spécialisé dans le domaine d'activité.
- L'appréciation de cette spécialisation passe par la consultation du registre de commerce et de crédit mobilier ou des statuts des soumissionnaires.
- A cette difficulté et en l'absence de la mention explicite d'activités principales et secondaires sur le RCCM ou les statuts, diverses interprétations d'appréciation de ce critère ne permettent plus d'évaluer sainement les offres, au regard de l'analyse du cas tranché par avis n°2024-023/ARMP/PR-CR/CRD/CD/SP/DRAHJ/SRR/SA du 07 février 2024 et des diverses interprétations y afférentes.
- Par la présente, je voudrais solliciter votre avis sur l'identification du domaine spécialisé d'activité, en absence de la mention des activités principales et secondaires sur le RCCM ou les statuts » ;

Qu'au regard de ce qui précède, la PRMP de la SONEB sollicite l'avis de l'organe de régulation pour la conduite à tenir pour la fixation du domaine d'activités principales et secondaires dans les dossiers d'appel à concurrence son identification et son appréciation lors du processus d'examen de la qualification du soumissionnaire classé premier après l'évaluation financière ;

Qu'au surplus, sa requête vise à savoir si la non mention du domaine d'activités principales ou secondaires liés à l'objet du marché inscrit au plan de passation du marché publié et dans le dossier d'appel à concurrence validé, devrait être déclarée non conforme à l'examen de la qualification ;

Qu'il y a lieu au regard des dossiers types en vigueur et des types de marchés de fournitures, travaux et de services pour lesquels aucune négociation n'est possible d'analyser la situation en tenant compte des types des marchés en présence ;

Considérant les dispositions de l'article 58 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin selon lesquelles : « Tout candidat qui possède des capacités techniques et des capacités financières nécessaires à l'exécution d'un marché public ainsi que l'expérience de l'exécution de contrat analogue peut participer aux procédures de passation de marchés publics. Les capacités techniques ou

financières requises doivent reposer sur des critères objectifs suffisamment définis dans le dossier d'appel à concurrence au sens des articles 59 et 60 de la présente loi » ;

Considérant les dispositions de l'article 59 alinéas 1, 2 et 3 selon lesquelles : « L'autorité contractante doit inviter les candidats et soumissionnaires à justifier de leur capacité technique en fournissant des documents qui comprennent :

- la description des moyens matériels ;
- la description des moyens humains ;
- les références techniques ; leur éventuelle inscription à un registre professionnel ou un certificat de qualification, à condition que cette demande ne soit pas faite pour justifier de la capacité technique des soumissionnaires à titre exclusif ou de manière discriminatoire ;
- une attestation comportant les renseignements relatifs au candidat, selon un modèle établi par l'autorité contractante.

Les entreprises naissantes peuvent être autorisées à fournir, en lieu et place des performances techniques, des pièces relatives aux expériences professionnelles du personnel d'encadrement technique à affecter à l'exécution du marché. D'autres justifications des capacités techniques peuvent être exigées à condition qu'elles soient dûment motivées par les caractéristiques du marché et approuvées par l'organe de contrôle des marchés publics compétent » ;

Que l'article 60 sur la capacité financière dispose : « 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 de 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 ;
3. des déclarations appropriées de banques ou organismes financiers habilités ou le cas échéant, la preuve d'une assurance des risques professionnels. Lesdites déclarations appropriées sont exigées à titre exceptionnel dans les cas dûment justifiés tels que ceux ayant trait aux risques particuliers inhérents à la nature des travaux, services ou fournitures (...) » ;

Qu'il en résulte que la définition du domaine d'activités exigé du soumissionnaire, de la capacité technique, l'expérience et la capacité financière doit être en cohérence avec l'objet du marché, sans aucune discrimination ;

Considérant, par ailleurs, que la clause 4.2 b de la sous- section C des marchés de travaux, de fournitures ou de services, en ce qui concerne les expériences spécifiques des marchés de travaux ou les autres expériences spécifiques, spécifie que : « Pour les marchés référencés ci-dessus ou pour d'autres marchés exécutés pendant la période stipulée au paragraphe 4.2 a) ci-dessus, une expérience minimale de construction dans les principales activités suivantes (...) » ;

Que cette clause donne la latitude à l'organe de passation de fixer les contenus et de les faire valider par l'organe de contrôle ;

Que de même, la note de bas de page de cette clause sus évoquée indique : « les cadences doivent être calculées en pourcentage (par exemple, 80 pour cent, en valeur arrondie des cadences estimées pour la principale activité (ou activités) dans le marché, requis pour respecter l'échéancier de construction prévu en tenant compte des incertitudes climatiques » ;

Que les dossiers types en vigueur ont prévus des formulaires spécifiques aux soumissionnaires pour apporter lesdites informations sur leurs domaines dans les formulaires EXP 4. a) suite dont le modèle est ainsi présenté :

Formulaire EXP – 4.2 a) (suite) Expérience spécifique de travaux (suite)	
Nom du candidat : _____ Nom de la partie au groupement d'entreprise (GE) : _____	
Numéro du marché similaire :	Informations
Description de la similitude conformément au sous-critère 4.2 a) :	
Montant	_____
Taille physique	_____
Complexité	_____
Méthodes/technologie	_____
Autres caractéristiques	_____

Que de plus, le même dossier type de travaux oblige le soumissionnaire à fournir dans le formulaire, les expériences spécifiques dans les principales activités dans le modèle suivant :

Formulaire EXP – 4.2 b) (cont.) Expérience spécifique de travaux dans les activités principales (suite)	
Nom du candidat : _____ Nom de la partie au groupement d'entreprises (GE) : _____	
	Informations
Description des principales activités conformément au sous-critère 4.2 (b) de la sous-section C :	

Qu'une lecture croisée de l'ensemble des exigences de la loi, des dossiers types et des formulaires des soumissionnaires, l'obligation de l'autorité contractante est de fixer le domaine d'activités de l'appel à concurrence en lien avec l'objet du marché ;

Que l'autorité contractante pour ce faire, à l'obligation de fixer les critères de qualification dans l'ensemble du dossier d'appel à concurrence validé, en toute cohérence pour permettre aux soumissionnaires de renseigner au-delà de l'inscription de ce domaine d'activité sur le RCCM ou les statuts, les formulaires susmentionnés en s'appuyant sur le chiffre d'affaires du domaine d'activités en lien avec le marché ;

Qu'ainsi, pour qu'un soumissionnaire soit qualifié, il faut considérer et analyser en plus de la mention sur le registre de commerce et du crédit mobilier (RCCM) ou les statuts du soumissionnaire, le chiffre d'affaires du domaine d'activités souhaité, l'expérience spécifique de ce dernier ;

Que, bien que, les mentions portées au registre de commerce et du crédit mobilier ou aux statuts institue de fait une présomption d'opposabilité aux tiers des actes qu'elles décrivent en l'occurrence le domaine d'activités de l'entreprise surtout en matière de propriété intellectuelle, il se dégage qu'en matière de finalisation des dossiers d'appel à concurrence, que les autorités contractantes doivent être précises sur la mention du domaine d'activités ou des domaines connexes pour lesquels l'acquisition ou les prestations sont envisagées afin de garantir l'objectivité dans l'évaluation des offres et d'éviter toute équivoque ;

Qu'au regard de tout ce qui précède, il y a lieu de dire que les renseignements des DPAO, de la sous-section C ainsi que la formulation des exigences de qualification doivent être en cohérence avec l'objet du marché pour tirer profit du contexte des soumissionnaires et de l'environnement concurrentiel ;

Considérant au surplus les dispositions de l'acte uniforme relatif au droit des Sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique en ses articles 19, 20, 21 et 22 ;

Que l'article 19 de l'acte dispose : **« toute société a un objet qui est constitué par l'activité qu'elle entreprend et qui doit être déterminée et décrite dans ses statuts »** ;

Que selon l'article 20 du même acte uniforme : **« toute société doit avoir un objet licite »** ;

Considérant l'article 21 du même acte uniforme : **« lorsque l'activité exercée par la société est réglementée, la société doit se conformer aux règles particulières auxquelles ladite activité est soumise »** ;

Que l'article 22 souligne que : **« l'objet social peut être modifié, pour chaque forme de société, dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme, pour la modification des statuts »** ;

Considérant la réponse du Directeur général de l'APIEX en réponse à la demande d'informations de l'ARMP et s'appuyant sur une lecture croisée des dispositions du législateur OHADA, il y a lieu de préciser qu'**« aucune précision n'est faite quant à la hiérarchisation des activités dans l'objet social. Pour ce faire, une fois que l'activité pour laquelle l'entreprise soumissionne figure dans l'objet social, elle devrait être prise en compte »**.

EN CONSEQUENCE, EMET L'AVIS CI-APRES :

L'Autorité de Régulation des Marchés Publics :

- précise à la personne responsable des marchés publics de la Société Nationale des Eaux du Bénin (SONEB) qu'il n'existe aucune spécialisation, hiérarchisation des activités dans l'objet social figurant au registre de commerce et du crédit mobilier (RCCM) ou aux statuts du soumissionnaire ;
- dit que dans le cadre de la finalisation du dossier d'appel à concurrence et de l'appréciation des critères lors de l'évaluation des soumissions, la simple inscription dans l'objet social de l'activité pour laquelle l'entreprise a soumissionné suffit pour être prise en compte ;
- indique qu'il est interdit toute mention de spécialisation, d'hiérarchisation en principal et secondaire, de classification du domaine d'activités des candidats dans les dossiers d'appel à concurrence ;
- invite la Personne responsable des marchés publics de la SONEB à en tirer les conséquences de droit qui s'imposent.


Le Président
Séraphin AGBAHOUNGBATA