



**LA COMMISSION DE REGLEMENT
DES DIFFERENDS (CRD)**

DECISION N° 2024-127/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRR-AT/SRR/SA DU 22 OCTOBRE 2024

AFFAIRE N°2024-127/ARMP/SA/1326-24

PERSONNE RESPONSABLE DES
MARCHES PUBLICS DE LA COMMUNE
DE COTONOU

CONTRE

LA DIRECTION NATIONALE DE
CONTROLE DES MARCHES PUBLICS

1. DECLARANT :
 - 1.1. RECEVABLE LA DEMANDE D'ARBITRAGE INTRODUITE PAR LA PERSONNE RESPONSABLE DE LA COMMUNE DE COTONOU DANS LE CADRE DU DIFFEREND ENTRE LA COMMUNE DE COTONOU ET LA DIRECTION NATIONALE DE CONTROLE DES MARCHES PUBLICS DANS LE CADRE DE L'ACCORD-CADRE N°1226/MCOT/PRMP/SP-PRMP DU 04 NOVEMBRE 2021 RELATIF A LA CONSTRUCTION, RECONSTRUCTION OU REFECTION DES VOIES PAVEES OU BITUMEEES DANS LA VILLE DE COTONOU ;
 - 1.2. MAL FONDEES LES RESERVES DE LA DIRECTION NATIONALE DE CONTROLE DES MARCHES PUBLICS SUR LE TROISIEME CONTRAT SUBSEQUENT DE L'ACCORD CADRE ;
2. ORDONNANT A LA DIRECTION NATIONALE DE CONTROLE DES MARCHES PUBLICS DE LEVER SES RESERVES RELATIVES AU REFUS DE VISA SUR LE TROISIEME PROJET DE MARCHE SUBSEQUENT DANS LE CADRE DE LA MISE EN ŒUVRE DE L'ACCORD-CADRE EN CAUSE.

LA COMMISSION DE REGLEMENT DES DIFFERENDS, STATUANT EN MATIERE D'ARBITRAGE,

- 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 ;
- Vu le décret n°2020-601 du 23 décembre 2020 portant code d'éthique et de déontologie dans la commande publique ;
- 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°1144/MCOT/PRMP/SP-PRMP du 10 juillet 2024, enregistrée au Secrétariat administratif de l'ARMP le 10 juillet 2024 sous le numéro 1326-24 portant saisine de l'organe de régulation ;
- Vu la lettre n°2062/MEF/DC/DNCMP/CEA/DSIAS/SP du 17 juillet 2024 portant transmission par la DNCMP du mémoire dans le cadre de l'arbitrage sollicité par la personne responsable des marchés publics de

la commune de Cotonou relatif à la gestion de l'accord cadre n°1226/MCOT/SE/PRMP/SP-PRMP du 04 novembre 2021 ;

Vu la lettre n°2024-3696/PR/ARMP/SP/DRR-ATpi/SRR du 13 septembre 2024 portant demande d'informations de l'ARMP ;

Vu la lettre n°1568/MCT/SE/PRMP/S"-PRMP du 23 septembre 2024 portant transmission des pièces ;

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 : mesdames Carmen Sinani Orédolla GABA, Francine AÏSSI HOUANGNI et monsieur Martin Vihoutou ASSOGBA, réunis en session le mardi 22 octobre 2024 ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

I- LES FAITS

La commune de Cotonou a lancé la procédure de passation de l'appel d'offres ouvert pour la conclusion d'un accord-cadre au terme duquel l'entreprise « AKOA BENIN Sarl » est titulaire du lot 2 de l'Accord-cadre n°1226/MCOT/PRMP/SP-PRMP du 04 novembre 2021 relatif à la construction, reconstruction ou réfection des voies pavées ou bitumées dans la ville de Cotonou. Bien qu'ayant validé et signé les deux premiers contrats subséquents, la DNCMP a émis quelques réserves pour justifier son refus d'apposer son visa sur le 3^{ème} marché subséquent. Malgré qu'elle estime avoir pris en compte les observations de la DNCMP, la PRMP de la Commune de Cotonou, a constaté que la DNCMP a maintenu sa réserve de ne pas apposer ledit visa, au motif que les clarifications de la PRMP de Cotonou ne sont pas satisfaisantes pour lever ses observations.

Eu égard aux positions difficilement conciliables des parties du fait du refus de la Direction nationale de contrôle des marchés publics de viser le projet de marché subséquent à cet accord cadre, la PRMP de la Commune de Cotonou a saisi l'ARMP aux fins.

II- SUR LA RECEVABILITE DE LA DEMANDE D'ARBITRAGE

Considérant les dispositions du point 4 de l'article 2 du décret n°2020-595 du 23 décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics, selon lesquelles l'organe de régulation a pour missions entre autres : « le règlement non juridictionnel des litiges nés à l'occasion de la passation des marchés publics et de partenariat public-privé » ;

Considérant qu'au sens des dispositions de l'article 10 du décret n°2020-597 du 23 décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement des cellules de contrôle des marchés publics, les différends entre la Personne responsable des marchés publics et la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics sont soumis à l'Autorité de régulation des marchés publics dans un délai de deux (02) jours ouvrables à compter de la date du désaccord ;

Considérant qu'en l'espèce, la date de survenance du désaccord est le 08 juillet 2024, date de la réception de la fiche de réserve n°493/DNCMP/CEA/DCMP-MAEP/2024 du 08 juillet 2024 ;

Que le 10 juillet 2024, par lettre n°1114/MCOT/SE/PRMP/SP-PRMP du 10 juillet 2024, enregistrée au Secrétariat administratif de l'ARMP, sous le numéro 1326-24, la PRMP de la commune de Cotonou a sollicité de l'ARMP une demande d'arbitrage aux fins ;



Que l'examen des faits de la cause révèle que la sollicitation de l'arbitrage de l'organe de régulation respecte la condition de délai requise ;

Qu'il y a lieu de la déclarer recevable.

III- DISCUSSION

A- MOYENS DE LA PERSONNE RESPONSABLE DES MARCHES PUBLICS DE LA COMMUNE DE COTONOU

La PRMP de la commune de Cotonou soutient les moyens suivants :

« l'entreprise AKOA BENIN Sarl a été déclarée attributaire du lot n°2 dudit accord-cadre au terme d'une procédure d'Appel d'Offres Ouvert (AOO) sanctionné par procès-verbal n°33-25/DNCMP/DIAS/2021 du 30 septembre 2021. Le 1^{er} et le 2^{ème} contrats subséquents ont été validés par la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics (DNCMP). Le troisième contrat subséquent a été aussi validé par la DNCMP sous réserves de certaines observations par procès-verbal n°43-04/DNCMP/DSIAS/TE-ZS/2023 du 20 décembre 2023. Mais, après la prise en compte desdites observations, la DNCMP a observé de nouveau, qu'elle n'était pas signataire de l'accord-cadre et qu'en conséquence, elle ne devrait pas signer les marchés subséquents.

Faisant suite à cette observation, j'ai soumis à l'appréciation de la DNCMP, les éléments d'appréciation suivants :

- bien que la DNCMP ne soit pas signataire de l'accord-cadre, les deux premiers marchés subséquents avaient été visés par ses soins, exécutés et payés par l'autorité contractante. En respect du principe de parallélisme des formes et de la continuité du service public, l'autorité contractante est fondée à solliciter le visa de l'organe de contrôle ayant précédemment visés les deux premiers contrats ;
- la gestion d'un accord-cadre est encadrée par les dispositions prévues à l'article 40 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020, qui prévoit entre autres les principes, conditions de validité et sa mise en œuvre. Notamment, « L'accord-cadre n'est pas en lui-même un engagement sur le budget de l'entité. En conséquence, sa conclusion n'est pas subordonnée à la disponibilité de crédits... Toutefois, l'émission de bons de commande ou la signature des marchés subséquents est subordonnée à la disponibilité et à la réservation de crédits ». Il en découle que les marchés subséquents respectent les dispositions prévues dans le cadre de la contractualisation d'un marché public. Lesdites dispositions ont été respectées par l'autorité contractante.

Mais, par fiche de réexamen n°493/DNCMP/CEA/DCMP-MAEP/2024 du 08 juillet 2024, la DNCMP maintient sa position et réserve son visa au motif que les clarifications fournies en réponse à l'observation ne permettent pas de la lever. C'est pourquoi, je viens solliciter votre arbitrage en vue de la conduite à tenir ».

B- MOYENS DE LA DIRECTION NATIONALE DE CONTRÔLE DES MARCHES PUBLICS

Dans son mémoire transmis à l'organe de régulation par lettre n°2062/MEF/DC/DNCMP/CEA/DSIAS/SP du 17 juillet 2024, la DNCMP met en relief les moyens justificatifs de la régularité de l'avis réservé sur le projet de marché subséquent comme suit :

1. « Du visa de la DNCMP sur les deux (02) premiers marchés Subséquents

Le visa des contrats est régi par les dispositions du 1^{er} alinéa de l'article 85 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin qui dispose « **Les marchés publics, selon la qualité de l'autorité contractante, sont transmis par l'organe de contrôle des marchés publics** »

compétent, après son visa, pour l'approbation ». Cette disposition est précisée au niveau des pages de signature des contrats types inclus dans les dossiers types de mise en concurrence où le visa de l'organe de contrôle des marchés publics est défini comme suit : « ce visa est matérialisé par son paraphe sur toutes les pages du contrat et sa signature suivie de son cachet ou hologramme sur la page de signature du marché ». Conformément à l'article 1^{er} du code des marchés publics ci-dessus référencé, l'accord-cadre est un accord conclu en matière de travaux, fourniture de services y compris de prestations intellectuelles, par une ou plusieurs autorités contractantes soumises au code des marchés publics, notamment aux dispositions de l'article 85 supra cité. Il requiert donc la formalité de visa de l'organe de contrôle, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce. La DNCMP, a cependant visé les deux (02) premiers marchés subséquents au regard des dispositions des articles 40 et 41 du code des marchés publics aux termes desquelles, l'accord-cadre ne constitue pas en soit un engagement sur le budget de l'entité. C'est l'émission des bons de commande et la signature des marchés subséquents qui sont subordonnés à la disponibilité et à la réservation des crédits.

2. Des réserves de la DNCMP sur le visa du troisième marché subséquent

La seule réserve substantielle de la DNCMP sur les projets de troisième contrat subséquent est relative au fait que n'ayant pas visé l'accord-cadre duquel découlent les marchés subséquents, la DNCMP ne devrait pas viser les marchés subséquents. Conformément aux dispositions du troisième alinéa de l'article 40 qui prévoit « ...en conséquence, sa conclusion n'est pas subordonnée à la disponibilité des crédits. Toutefois, l'émission des bons de commande et la signature des marchés subséquents sont subordonnées à la disponibilité et à la réservation des crédits », la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics était dans la posture de viser les marchés subséquents en dépit du défaut de visa de l'accord-cadre, dans la mesure où la conclusion de l'accord-cadre ne constitue pas en soit un engagement sur le budget de l'entité. Toutefois, cette position a évolué.

En effet, de la lecture croisée de la définition de l'accord-cadre prévue à l'article 1^{er} du code des marchés publics et des dispositions de l'article 85 suscitées, il en résulte que l'accord-cadre étant un contrat, il requiert régulièrement le visa de l'organe de contrôle compétent.

Par ailleurs, les procédures internes de travail à la DNCMP ont été renforcées compte tenu des exigences d'efficacité du contrôle et du dispositif interne de gestion des risques. Dans le cas d'espèce, la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics n'étant pas signataire de l'accord-cadre, elle ne saurait viser les marchés subséquents.

3. Des contre-observations de l'organe de contrôle sur les moyens développés par la PRMP

Selon l'autorité contractante, la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics devrait procéder au visa du troisième marché subséquent dès lors qu'elle a visé les deux (02) premiers contrats subséquents. L'organe de contrôle ne partage pas cette compréhension de la notion du parallélisme des formes. C'est en vertu de cette même notion du parallélisme des formes que la DNCMP a réservé son avis sur la requête de l'autorité contractante.

En effet, dans son assertion large, la notion du parallélisme peut s'entendre comme « l'extension d'une forme d'un acte juridique à un autre acte juridique », et en l'espèce, l'extension de la forme de l'accord-cadre par rapport aux marchés subséquents. Ainsi, la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics n'ayant pas visé l'accord-cadre ne devrait pas viser les marchés subséquents qui en découlent.

Par ailleurs, la Personne Responsable des Marchés Publics n'a évoqué à l'appui de sa requête, aucune disposition juridique en vertu de laquelle, bien que n'ayant pas visé l'accord-cadre, l'organe de contrôle devrait viser les marchés subséquents ».

IV- CONSTATS ISSUS DE L'INSTRUCTION

Des faits et moyens des parties, il ressort les constats ci-après :

Constat n°1

La DNCMP ayant visé les deux premiers contrats subséquents dudit accord-cadre a respecté les dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article 85 du code des marchés publics et ce, sans avoir visé l'accord-cadre. Il est à relever que la DNCMP n'avait pas exigé d'apposer son visa sur l'accord-cadre lors de ces deux précédents visas.

Constat n°2

L'examen juridique et technique du troisième contrat subséquent est obligatoire autant que l'avis conforme de la DNCMP avant la conclusion du contrat.

V- OBJET ET ANALYSE DE LA REQUETE EN ARBITRAGE

Au regard des faits, moyens des parties et constats issus de l'instruction, l'arbitrage sollicité par la PRMP de la commune de Cotonou porte sur les réserves de la Direction nationale de contrôle des marchés publics de ne pas viser le troisième marché subséquent relatif à l'accord-cadre concerné.

Sur les réserves de la DNCMP relatives au refus de son visa du troisième projet de marché subséquent

Considérant qu'au sens de l'article 14 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin, la DNCMP a, entre autres pour attributions, de procéder « à un examen juridique et technique du projet de contrat avant son approbation » ; que cet examen juridique est sanctionné par un avis à travers un procès-verbal ;

Que l'article 16 de la même loi imprime un caractère obligatoire à l'avis de l'organe de contrôle en ces termes « Cet avis obligatoire doit être impérativement donné dans le délai fixé » ;

Qu'en application de cette disposition légale, le décret 2020-600 du 23 décembre 2020 fixant les délais impartis aux organes de passation, de Contrôle et d'approbation des marchés publics en son article 4 fait obligation à la DNCMP de procéder à un « examen juridique et technique du projet de marché, visa du contrat et authentification et transmission par l'organe de contrôle compétent du projet de marché pour approbation : trois (03) jours ouvrables après la réception du projet de marché » ;

Considérant par ailleurs, les dispositions de l'article 40 alinéa 3 de la loi suscitée, « La durée des accords-cadres ne peut excéder trois ans. L'accord cadre n'est pas en lui-même un engagement sur le budget de l'entité. En conséquence sa conclusion n'est pas subordonnée à la disponibilité des crédits. Toutefois, l'émission des bons de commandes et la signature des marchés subséquents sont subordonnés à la disponibilité et à la réservation des crédits » ;

Considérant les dispositions de l'article 1^{er} de la loi suscitée, l'accord cadre « (...) a pour objet d'établir les règles relatives aux bons de commandes à émettre ou les termes régissant les marchés subséquents à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées » ;

Qu'il résulte des dispositions légales et réglementaires ci-dessus citées que :

- l'accord-cadre ne produit d'effet que lorsque les marchés subséquents et les bons de commandes sont émis à la suite de la réservation et de la disponibilité des crédits ;
- la DNCMP a l'obligation de procéder à l'examen des projets de contrats dans le cadre de tout marché public y compris les accords-cadres dont le montant relève de sa compétence.

Considérant qu'en l'espèce, la DNCMP a visé les premier et deuxième contrats subséquents de l'accord-cadre en cause et refuse de viser le troisième projet de contrat subséquent au motif qu'elle n'avait pas visé l'accord-cadre ;

Que l'instruction de la cause révèle que les deux premiers contrats visés par la DNCMP à l'issue de son examen juridique relèvent de sa compétence autant que le troisième projet de contrat qu'elle refuse de viser ;

Qu'ainsi, la DNCMP a l'obligation de viser ce troisième projet de contrat pour éviter le blocage et la rupture de la continuité du service public ;

Que si la DNCMP, après la revue de ses procédures de travail à l'interne, estime qu'elle doit au préalable viser la convention d'accord-cadre avant de procéder au visa des contrats subséquents, rien ne l'empêche de le faire ;

Qu'elle aurait dû poser cette exigence avant le visa du premier marché subséquent ;

Que n'ayant fait aucune exigence au départ alors qu'elle en avait la latitude, elle ne devrait pas opposer cette omission de sa part à l'autorité contractante au troisième projet de contrat, mais plutôt étudier les modalités de se rattraper au cas où elle a des observations sur ledit accord-cadre et au besoin, faire régulariser son omission si elle la perçoit comme une irrégularité à elle imputable ;

Que les avis de l'organe de contrôle étant obligatoires, le refus de viser ce troisième projet de contrat bloque la satisfaction des besoins de l'autorité contractante, objet de cet accord-cadre alors que le fait de ne pas viser l'accord-cadre n'est pas de la faute de l'autorité contractante ;

Que toute observation de l'organe de contrôle dans le cadre d'un contrôle a priori, doit être faite en temps utile et non a posteriori, en application du principe d'économie et d'efficacité du processus d'acquisition édicté entre autres, par l'article 7 alinéa 1^{er} de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 susvisée ;

Qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de déclarer irrégulier le refus de la DNCMP de viser le troisième projet de contrat subséquent à cet accord-cadre relevant de sa compétence.

PAR CES MOTIFS,

DECIDE :

Article 1^{er} : La demande d'arbitrage de la Personne Responsable des Marchés Publics de la Commune de Cotonou est recevable.

Article 2 : Les réserves formulées par la Direction nationale de contrôle des marchés publics dans la fiche n°493/DNCMP/CEA/DCMP-MAEP/2024 du 08 juillet 2024, dans le cadre du réexamen du troisième projet de contrat subséquent à l'accord-cadre n°1226/MCOT/PRMP/SP-PRMP du 04 novembre 2021 relatif à la construction, reconstruction ou réfection des voies pavées ou bitumées dans la commune de Cotonou, sont mal fondées.

Article 3 : La Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics lève ses réserves aux fins.

Article 4 : La présente décision sera notifiée :

- à la Personne Responsable des Marchés Publics de la Commune de Cotonou ;
- à la Directrice Nationale du Contrôle des Marchés Publics (DNCMP) ;

- au secrétaire exécutif de la Commune de Cotonou ;
- au Maire de la Commune de Cotonou ;
- au Préfet du département du Littoral ;
- au Ministre de la Décentralisation et de la Gouvernance Locale (MDGL).

Les parties concernées peuvent faire appel de la présente décision dans un délai d'un mois.

Article 5 : La présente décision sera publiée dans le Bulletin d'information et sur le site web de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics et dans le SIGMAP.


 Le Président
Seraphin AGBAHOUNGBATA
 (Président de la CRD)


 Le Conseiller
Gilbert Ulrich TOGBONON
 (Membre de la CRD)


 Le Conseiller
Derrick BODJRENOU
 (Membre de la CRD)


 Le Secrétaire Permanent
Ludovic GUEDJE
 Secrétaire Permanent
 de l'ARMP (rapporteur de la CRD)