



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

ARBITRAGE
AFFAIRE N°2025-041/ARMP/SA/0042-25

PERSONNE RESPONSABLE DES
MARCHES PUBLICS DE LA SOCIÉTÉ
DES AÉROPORTS DU BÉNIN (SAB)

CONTRE

DIRECTION NATIONALE DE CONTRÔLE
DES MARCHES PUBLICS (DNCMP)

1. DECLARANT :

- a. RECEVABLE LA DEMANDE D'ARBITRAGE INTRODUITE PAR LA PERSONNE RESPONSABLE DES MARCHES PUBLICS DE LA SOCIÉTÉ DES AÉROPORTS DU BÉNIN (SAB) CONTRE LA DIRECTION NATIONALE DE CONTRÔLE DES MARCHES PUBLICS DANS LE CADRE DE L'EXAMEN DE LA DEMANDE D'AVENANT EN REGULARISATION AU CONTRAT N°00106/MEF/MIT/SAB/COO/DNCMP/SP DU 26/01/2022 RELATIF AUX TRAVAUX COMPLÉMENTAIRES DE DÉPLACEMENT DES POSTES ÉLECTRIQUES DE LA SBEE SITUÉS ENTRE MÉTÉO BÉNIN ET CODE BAR DANS LE CADRE DES TRAVAUX COMPLÉMENTAIRES DE REAMÉNAGEMENT ET RECONFIGURATION DES ACCÈS ET PARKING EXTÉRIEURS DE L'AÉROPORT INTERNATIONAL DE COTONOU ;
- b. NON FONDÉES LES RÉSERVES DE LA DIRECTION NATIONALE DE CONTRÔLE DES MARCHES PUBLICS À LA SUITE DU REEXAMEN DU PROJET D'AVENANT AU CONTRAT SUSMENTIONNÉ ;

2. ORDONNANT LA LEVÉE DESDITES RÉSERVES AUX FINS.

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

- Vu la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin ;
- vu la loi n°2020-20 du 02 septembre 2020 création, organisation et fonctionnement des entreprises publiques 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'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°2020-601 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°2025-022 du 29 janvier 2025 portant nomination du Secrétaire Permanent de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics ;
- vu la lettre n°2025/000021/SAB/COO/PRMP-DT/A-PRMP du 14 janvier 2025, enregistrée au Secrétariat administratif de l'ARMP la même date sous le numéro 0042-25 portant demande de clarification et d'arbitrage de la personne responsable des marchés publics de la Société des Aéroports du Bénin (SAB) ;
- vu la lettre n°2025-0172/PR/ARMP/SP/DRR-AT/SAT/SA du 31 janvier 2025 portant demande de production de mémoire contradictoire à la DNCMP dans le cadre de l'instruction de l'arbitrage sollicité par la PRMP de la SAB ;
- vu la lettre n°00320/MEF/DC/DNCMP/CEA/DIC/SP/ du 05 février 2025 transmettant le mémoire de la DNCMP dans le cadre de l'arbitrage demandé par la Personne responsable des marchés publics de la Société des Aéroports du Bénin (SAB) ;
- vu la lettre n°2025-0475/PR/ARMP/SP/DRR-AT/SRR/SA du 05 mars 2025 invitant le directeur national de contrôle des marchés publics à une séance d'audition ;
- vu la lettre n°2025-0476/PR/ARMP/SP/DRR-AT/SRR/SA du 05 mars 2025 invitant la personne responsable des marchés publics de la Société des Aéroports du Bénin à une séance d'audition ;
- vu les procès-verbaux d'audition des parties à l'audience du 11 mars 2025 ;

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 18 mars 2025 ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

I- LES FAITS :

Dans le cadre de l'exécution des travaux complémentaires de réaménagement et de reconfiguration des accès et parkings extérieurs de l'Aéroport International de Cotonou objet du contrat n°00106/MEF/MIT/SAB/COO/DNCMP/SP du 26 janvier 2022 la Société des Aéroports du Bénin (SAB), par ordre de service à régulariser par voie d'avenant, a fait réaliser par l'Entreprise « COLAS AFRIQUE », titulaire du marché des travaux supplémentaires de déplacement des postes électriques de la Société Béninoise d'Energie Electrique (SBEE), situés devant METEO BENIN et CODE BAR.

Cette augmentation dans la masse des travaux de l'entreprise titulaire du marché a fait naître une incidence financière s'élevant à la somme de deux cent quarante-huit millions cent neuf mille huit cent vingt-cinq (248 109 825) F CFA toutes taxes comprises, équivalent à 4,9% du montant du marché de base.

En s'appuyant sur les dispositions du 2^{ème} tiret de l'alinéa 5 de l'article 100 de la loi n°2020-04 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin, l'Autorité contractante a saisi

la direction nationale compétente aux fins. Par trois fois, avec des motifs de rejet et évolutifs, la DNCMP a réservé par deux (02) fois son avis avant de donner le 13 janvier 2025, son avis défavorable.

Face aux positions difficilement conciliables des deux (02) parties, la PRMP de la SAB a saisi l'ARMP d'une demande d'arbitrage afin de faire lever les réserves de la DNCMP.

II- RECEVABILITE DE LA DEMANDE D'ARBITRAGE

Considérant les 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, la Commission de passation des marchés publics et la Cellule 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 »** ;

Qu'il ressort des dispositions ci-dessus que la demande d'arbitrage est encadrée par deux (02) conditions, à savoir :

- le délai de soumission de la demande ;
- et la qualité du soumettant ;

Que l'inobservance d'une de ces deux (02) conditions entraîne l'irrecevabilité de la demande ;

Considérant qu'en l'espèce, la Société des Aéroports du Bénin (SAB) a reçu par procès-verbal n°01-01/DNCMP/CEA/AAAG-DCMP-MESTFP/2025 du 06 janvier 2025, le dernier avis défavorable, le lundi 13 janvier 2025 et déchargé à la même date, au secrétariat de la SAB, qu'ainsi la date de survenance du désaccord correspond à celle de la réception par la SAB, du dernier avis réservé de la DNCMP ;

Considérant que la lettre de saisine de la PRMP de la SAB en date du 14 janvier 2025 a été enregistrée au secrétariat administratif de l'ARMP sous le numéro 0042-25, soit le lendemain de la date de survenance du désaccord ;

Que l'examen des faits de la cause révèle que la sollicitation de l'arbitrage par la PRMP de la SAB remplit les conditions de forme et de délai requises pour être déclarée recevable ;

Qu'il y lieu de la déclarer recevable.

III- DISCUSSION

A- MOYENS DE LA PERSONNE RESPONSABLE DES MARCHES PUBLICS DE LA SOCIETE DES AEROPORTS DU BENIN (SAB)

Dans sa requête d'intervention et d'éclairage pour la levée de la dernière réserve de la DNCMP, la personne responsable des marchés publics de la SAB soutient les moyens suivants :

- « Suivant marché sous première référence (PJ1), la Société des Aéroports du Bénin a confié à la société COLAS AFRIQUE, les travaux complémentaires de réaménagement et de reconfiguration des accès et parkings extérieurs de l'Aéroport International de Cotonou. Par la suite, il est apparu nécessaire pour l'Autorité contractante de faire réaliser par l'Entreprise, des travaux supplémentaires de déplacement des postes électriques de la Société Béninoise d'Energie Electrique (SBEE), situés devant METEO BENIN et CODE BAR. L'incidence financière desdits travaux s'élève à la somme de deux cent quarante-huit millions cent neuf mille huit cent vingt-cinq

(248 109 825) Francs CFA toutes taxes comprises, équivalent à 4,9% du montant du marché de base.

- C'est ainsi que conformément aux dispositions de l'alinéa 5 de l'article 100 de la loi n°2020-04 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin, l'ordre de service cité en deuxième référence (PJ2) a été pris pour ordonner lesdites prestations. La régularisation par avenant dudit ordre de service a été soumise le 09 octobre 2023 (PJ4), à l'autorisation de la Direction nationale de Contrôle des Marchés Publics (DNCMP), dont l'étude a été sanctionnée par un « Avis Réserve » suivant Procès-verbal (PV) n°0741/DNCMP/CEA/DDCM-LIT/2024 du 07 mars 2024 (PJ3) duquel il ressortait comme observations, entre autres, la production de la preuve de l'homologation des nouveaux prix par la Direction Nationale du Contrôle Financier (DNCF).
- Les réponses et pièces requises dont le document d'homologation des nouveaux prix délivré par la DNCF ont été transmises le 1^{er} décembre 2023 (PV4). La DNCMP a nouveau, a suivant PV n°40-16/DNCMP/CEA-AAAG/2023 (PJ 5), réservé son avis pour non-satisfaction intégrale des précédentes observations et en formulé de nouvelles. A la suite de la réponse de la SAB (PJ6), la DNCMP a émis un avis défavorable (PJ7) à la demande de régularisation par avenant de l'ordre sus indiqué, au principal motif qu'un avenant ne peut être pris après réception provisoire du marché de base.
- Une nouvelle réponse de l'Autorité contractante (PV8) transmettant de nouveaux éléments d'appréciation n'a point suffi, puisque la DNCMP a confirmé son avis défavorable suivant PV reçu et déchargé le 13 janvier 2025 à 11 heures 30 minutes (PJ9).
- C'est pourquoi, au regard de ce qui précède je viens :
 - Dans un premier temps, solliciter la clarification de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) sur les modalités de mise en œuvre des dispositions du 2^{ème} tiret de l'alinéa 5 de l'article 100 de la loi n°2020-04 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin, libellées comme suit :
 - en cas de dépassement de montant du marché dans une proportion égale à dix pour cent (10%) au plus, les modifications du marché peuvent être apportées par ordre de service et régularisées par voie d'avenant, sous réserve des dispositions de l'alinéa 2 du présent article ;
 - Il s'agit plus précisément de trouver des réponses aux questionnements ci-après :
 - existe-t-il un délai pour la régularisation par avenant des modifications apportées par ordre de service pris par l'Autorité contractante pour ordonner des prestations supplémentaires à incidence financière inférieure ou égale à 10% du montant du marché ?
 - la requête aux fins d'autorisation de la régularisation desdites modifications par prise d'avenant nécessaire au paiement des prestations supplémentaires ordonnées par ordre de service, peut-elle être introduite même après la réception provisoire des travaux objet du marché, mais avant la clôture du marché (Réception définitive et Décompte Général Définitif) ?

Dans un second temps, demander l'arbitrage de l'ARMP sur le motif évoqué par la DNCMP, étant donné que l'objectif de la régularisation de l'ordre de service par voie d'avenant, au-delà du souci de respect de la réglementation, vise à faire éviter à l'Autorité contractante, toute situation contentieuse qu'engendrerait le défaut de règlement des travaux supplémentaires (déplacement des postes électriques de la SBEE) ordonnés pendant l'exécution des prestations initiales »

Lors de son audition en date du 11 mars 2025, la personne responsable des marchés publics de la Société des Aéroports du Bénin complète les arguments suivants :

- « nous confirmons les faits sauf le dernier tiret relatif aux présomptions de transparence et le délai long pour saisir la DNCMP. A la lecture des dispositions de l'article 100, aucun délai n'est prévu pour régulariser les ordres de service intervenus dans l'exécution des travaux. De nos pratiques antérieures avec la DNCMP, des ordres de service sont régularisés avant la clôture du marché, notamment avant le règlement du décompte définitif. C'est fort de cette expérience que nous avons introduit la demande de régularisation pour éviter la prise d'avenant multiples. Parfois plusieurs ordres de services sont regroupés vers la fin des travaux et régularisés en bloc tel le cas de certains OS pris dans le cadre des travaux de réaménagement du Hall départ ;
- l'avenant est né d'abord du fait du changement de site devant abriter les travaux du parking P3. Ensuite, les postes de boccages de la SBEE étant sur ce site, l'Autorité contractante a jugé de faire réaliser par l'entreprise Colas les travaux supplémentaires de déplacement des postes électriques de la SBEE. Ces travaux ont été exécutés en lien avec les services techniques de la SAB et de la SBEE ;
- Les travaux de déplacement des postes électriques ont été jugés nécessaires aussi bien pour l'autorité contractante ainsi que pour la SBEE. Dès lors que la masse des travaux est inférieure à 10% soit 4.9% du montant du marché, ces travaux peuvent être ordonnés par ordre de service et régularisés par voie d'avenant conformément aux dispositions de l'alinéa 5 de l'article 100 de la loi n°2020-24 du 29 septembre 2020. En l'espèce, les règles applicables sont celles prévues par le code notamment la notification de l'OS à l'entreprise en charge des travaux après élaboration du cahier des charges, transmission de l'offre par l'entreprise, sa validation par les services techniques habilités. La régularisation dudit ordre de service interviendra à tout moment mais de préférence avant le règlement du décompte général définitif à ma connaissance ;
- Les différents procès-verbaux établis par la DNCMP nous demandent des informations complémentaires qui ont été satisfaites aux travers de nos différentes de réponse. Nous n'estimons pas cela comme étant un refus mais une interprétation de leur part du délai au cours duquel il est recommandé d'introduire une demande de régularisation d'un ordre de service pris dans le cadre de l'exécution des travaux ;
- Rien. C'est juste une interprétation de la loi qui sans nul doute pourrait être discutée et reprécisée par votre instance ;
- Le code des marchés publics n'a pas prévu le délai dans lequel un ordre de service pris conformément aux dispositions de l'alinéa 5 devrait être régularisé. La DNCMP n'a donc pas compétence à dire ce que la loi n'a pas dit. Mieux, le législateur en donnant prérogative à l'autorité contractante de pouvoir autoriser l'augmentation des travaux jugés nécessaires dans la limite des 10% du montant du marché qui sera régularisé a sans doute compris le caractère certainement urgent et nécessaire de certains travaux indispensables à la poursuite du chantier. L'OS étant pris dans les règles de l'art, les prix homologués par la DNCF, les travaux réalisés selon les spécifications techniques, la régularisation de l'OS nous paraît évident dès lors que cela intervient avant le paiement du décompte définitif ;
- Au cours de notre audition, nous n'avons pas manqué de rappeler que nous avons une petite expérience de régularisation des OS. De nos expériences avec la DNCMP, la demande de régularisation intervient dès lors que l'autorité contractante jugera nécessaire mais avant le paiement du décompte général définitif. Quand la demande a été introduite pour la première fois, la DNCMP n'avait pas fait cas de cette observation. Cela aurait pu nous permettre de reprendre la séance de réception des travaux objet du marché de base. Cette observation est intervenue quelques mois plus tard quand la SAB a satisfait à toutes les observations le délai de régularisation n'étant pas clairement spécifié dans la loi, nous avons jugé nécessaire d'introduire la demande à cette date ;
- (...) Non ».

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

Par lettre n°00320/MEF/DC/DNCMP/CEA/DIC/SP du 05 février 2025 transmettant le mémoire de la DNCMP dans le cadre de l'arbitrage sollicité par la Personne responsable des marchés publics de la Société des Aéroports du Bénin (SAB), la DNCMP met en relief les moyens justificatifs de la régularité de l'avis réservé sur le projet d'avenant en régularisation comme suit :

« Par le procès-verbal n°32-42/DNCMP/DiC/KB/2023 du 25 octobre 2023, la DNCMP avait réservé son avis sur la requête d'autorisation de prise d'avenant en régularisation introduite par l'Autorité Contractante pour les motifs suivants :

1. l'autorité contractante n'a pas transmis :
 - a. l'accord formel de la SBEE pour confier le déplacement de ses postes électriques au titulaire du marché ;
 - b. la preuve de l'expression des besoins par le service utilisateur, validée par le maître d'œuvre ou la structure habilitée puis transmise au titulaire du marché ;
 - c. la preuve d'inscription de la dépense dans le PTA validé et celle de la disponibilité de crédit pour couvrir l'incidence financière de l'avenant n°1 ;
 - d. l'ordre de service de démarrage des travaux, les niveaux d'exécutions physique et financière du marché et des travaux objet du projet d'avenant n°1 à autoriser en régularisation ;
 - e. le tableau comparatif du devis estimatif du marché de base et de celui du projet d'avenant ;
 - f. la preuve que les nouveaux prix pratiqués sont conformes à ceux du répertoire des prix de référence ou ont fait l'objet d'homologation par la Direction Nationale du Contrôle Financier.
2. La requête de l'Autorité Contractante ne mentionne pas expressément comme élément de l'ordre de service à régulariser par voie d'avenant le délai d'exécution de quatre (04) mois accordé au titulaire du marché pour les travaux supplémentaires.

Après réception de ce procès-verbal, la SAB a fourni certains éléments de réponses et a sollicité un réexamen du dossier par la DNCMP. La DNCMP par le procès-verbal n°40-16/DNCMP/DiC/KB/2023 du 11 décembre 2023 a réservé à nouveau son avis pour les motifs ci-après :

1. les éléments de réponses apportés par l'Autorité Contractante aux observations 1b, 1d et 1.f ne permettent pas de lever lesdites observations :
 - (1b) la preuve de l'expression des besoins par le service utilisateur, validée par le maître d'œuvre ou la structure habilitée puis transmise au titulaire du marché,
 - (1d) l'ordre de service de démarrage des travaux, les niveaux d'exécutions physique et financière du marché et des travaux objet du projet d'avenant n°1 à autoriser en régularisation ;
 - (1f) la preuve que les nouveaux prix pratiqués sont conformes à ceux du répertoire des prix de référence ou ont fait l'objet d'homologation par la Direction Nationale du Contrôle Financier.

En effet, l'Autorité Contractante n'a pas joint au dossier la preuve de l'expression des besoins, validée par une structure habilitée, la précision sur les niveaux d'exécutions physique et financière du marché de base

et des travaux complémentaires puis la preuve que les nouveaux prix pratiqués sont réellement conformes au prix du répertoire des prix de référence.

2. le document d'attachement fourni dans le dossier mentionne les lots 3 et 4 alors que le marché de base n'est pas alloti.

Après réception de ces observations, la SAB a apporté certains éléments de réponses et a sollicité un réexamen du dossier par la DNCMP. La DNCMP par le procès-verbal n°07-41 /DNCMP/CEA/DDCMP-LIT/2024 du 07 mars a donné un avis défavorable à la requête de l'Autorité Contractante pour les motifs suivants :

1. les éléments de réponses apportés par l'Autorité Contractante ne permettent toujours pas de lever les observations suivantes ;
 - la preuve de l'expression des besoins par le service utilisateur, validée par le maître d'oeuvre ou la structure habilitée puis transmise au titulaire du marché n'est pas jointe conformément aux dispositions de l'article 24 du code des marchés publics en vigueur en République du Bénin. Les paraphes de la Direction Technique sur l'ordre de service (service initiateur de la demande) ne peuvent être assimilables à la preuve d'expression des besoins, validée par le maître d'oeuvre ;
 - l'ordre de service de démarrage des travaux n'est pas joint au dossier. Il est attendu de l'autorité contractante la transmission de l'ordre de service de démarrage des travaux, objet du marché de base et non celui des travaux complémentaires ;
2. les éléments de réponse transmis par l'autorité contractante ont permis de se rendre compte que les taux d'exécutions physique et financière du marché de base sont de 100 % et que la réception provisoire a déjà été prononcée. Dans le cas d'espèce, la réception provisoire marquant la fin d'exécution des prestations qui ont été confiées au titulaire du marché ayant été prononcée, la prise d'un avenant ne saurait intervenir sous peine d'enfreindre au Code des Marchés Publics qui dispose en son article 89, alinéa 10 : « **la réception provisoire entraine le transfert de propriété et des risques au profit du maître d'ouvrage et constitue le point de départ de l'obligation de garantie contractuelle selon les dispositions du cahier des clauses administratives générales** ». On ne saurait donc prétendre à la conclusion d'un avenant à ce marché de base. La demande de régularisation de l'autorité contractante devrait intervenir avant la réception provisoire du marché de base.

De plus, l'autorité contractante a procédé à la réception des travaux, objet de l'avenant n°1 sans que l'autorisation de recourir audit avenant n'ait été obtenue de l'organe de contrôle compétent et le contrat d'avenant n°1 approuvé conformément aux dispositions du 3^{ème} alinéa de l'article 100 du code des marchés publics en vigueur en République du Bénin.

Après réception de cet avis, la SAB a fourni certains éléments de réponses et a sollicité un réexamen du dossier par la DNCMP. La DNCMP par le procès- verbal n°01-01/DNCMP/CEA/AAAG-DCMP-MESTFP/ du 06 janvier 2025 a confirmé son avis défavorable pour les motifs ci-après :

1. les éléments de réponses fournis ne permettent pas de lever l'observation n°2 : « **les éléments de réponses transmis par l'Autorité Contractante ont permis de se rendre compte que les taux d'exécutions physique et financière du marché de base sont de 100 % et que la réception provisoire a déjà été prononcée** ». Dans le cas d'espèce, la réception provisoire marquant la fin d'exécution des prestations qui ont été confiées au titulaire du marché ayant été prononcée, la prise d'un avenant ne saurait intervenir sous peine d'enfreindre à la loi qui dispose en son article 89 alinéa 10 « **la réception provisoire entraine le transfert de propriété et des risques au profit du maître d'ouvrage et constitue le point de départ de l'obligation de garantie contractuelle selon les dispositions du cahier des clauses administratives** ».

générales ». On ne saurait donc prétendre à la conclusion d'un avenant à ce marché de base. La demande de régularisation de l'Autorité Contractante devrait intervenir avant la réception provisoire du marché de base.

De plus, l'Autorité Contractante a procédé à la réception des travaux, objet de l'avenant n°1 sans que l'autorisation de recourir audit avenant n'ait été obtenue de l'organe de contrôle compétent et le contrat d'avenant n°1 approuvé conformément aux dispositions du 3^{ème} alinéa de l'article 100 du code des marchés publics en vigueur en République du Bénin ».

En effet, l'Autorité Contractante a fondé son argumentaire sur la jurisprudence française selon laquelle le juge administratif a admis la passation d'un avenant postérieurement au prononcé de la réception définitive dans la mesure où son seul objet est de régler les prix des travaux supplémentaires qui ont été ordonnés en cours d'exécution par une décision du pouvoir adjudicateur (CE, 2 octobre 2002, M. Gross, n°219659 ; CAA Paris, 18 mai 2006, Société Axima, n°03PA00115) or, le texte applicable au présent marché est la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant Code des Marchés Publics dont découlent les dispositions du 10^{ième} alinéa de l'article 89 précitées ;

Par ailleurs, le réexamen du dossier a permis de constater que :

- conformément aux dispositions de l'article 7 du Code des Marchés Publics, les marchés publics quel qu'en soit le montant sont soumis au principe de transparence des procédures. L'Autorité Contractante a pris l'ordre de service relatif aux travaux de déplacement de postes électriques de la SBEE le 06 mars 2023 ; cependant, elle n'a introduit sa requête de demande de régularisation que le 09 octobre 2023 soit environ 7 mois sans justifier cet écart qui ne peut être considéré comme une bonne pratique ;
- l'Autorité Contractante, dans son développement, a demandé de qualifier la réception du marché de base comme une réception partielle alors que l'acte en lui-même n'indique pas qu'il s'agit d'une réception partielle. Ainsi, conformément aux dispositions de l'article 89, alinéa 8 du Code des Marchés Publics, il s'agit donc de la dernière tranche qui devrait être réceptionnée. De plus, tout porte à croire que les travaux objet de régularisation n'étaient pas nécessaires pour la finalisation des travaux du marché de base et donc pouvait faire l'objet d'un autre marché ;
- il est indiqué dans la requête de l'Autorité Contractante que les travaux objet d'avenant sont en cours d'achèvement alors que conformément à l'ordre de service délivré au prestataire le 6 mars 2023, le délai d'exécution desdits travaux est de 4 mois ».

A l'audition contradictoire en date du mardi 11 mars 2024, le Représentant de la DNCMP a donné les précisions suivantes :

- *« Bien que le législateur a manqué de fixer une période pour la régularisation des ordres de services (OS), nous avons jugé bon de faire régulariser les OS tout au moins avant la réception des travaux au regard des dispositions de l'article 89 du code des marchés publics en vigueur.*
- *Idem à l'élément de réponse 1-a.*
- *La DNCMP, à travers ses observations, s'est focalisée sur les conditions de régularité de l'OS à régulariser conformément à la réglementation.*
- *Au regard des échanges et notamment les clarifications apportées par le Secrétaire Permanent de l'ARMP, la DNCMP se rend disponible pour réexaminer le dossier d'avenant concerné.*
- *La DNCMP a constaté une multiplication des OS depuis un moment de la SAB. Et souvent les demandes de régularisation sont mal montées ».*

IV- CONSTATS ISSUS DE L'INSTRUCTION

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

Constat 1 : Existence d'un ordre de service de la Société des Aéroports du Bénin (SAB) à la société COLAS AFRIQUE pour la réalisation des travaux supplémentaires de déplacement des postes électriques de la Société Béninoise d'Energie Electrique (SBEE), situés devant METEO BENIN et CODE BAR d'une incidence financière de deux cent quarante-huit millions cent neuf mille huit cent vingt-cinq (248 109 825) ;

Constat 2 : Les travaux supplémentaires de déplacement des postes électriques de la Société Béninoise d'Energie Electrique (SBEE) ne sont pas prévus au DQE initial du marché cité en objet pour parler d'un quelconque doublon.

Constat 3 : Variation des observations de la DNCMP qui à chaque fois, ajoute un nouveau motif à ses réserves.

Constat 4 : Acceptation de la DNCMP de réexaminer le dossier d'avenant relatif aux travaux supplémentaires de déplacement des postes électriques de la Société Béninoise d'Energie Electrique (SBEE) situés devant METEO BENIN et CODE BAR.

V- OBJET ET ANALYSE DE LA REQUETE EN ARBITRAGE

Au regard des faits, moyens des parties et des constats issus de l'instruction, l'arbitrage sollicité porte sur la régularité de l'avis défavorable émis par la Direction nationale de contrôle des marchés publics relativement à l'autorisation de prise de l'avenant n°1 au contrat n°00106/MEF/MIT/SAB/COO/DNCMP/SP du 26 janvier 2022 en régularisation pour la réalisation des travaux complémentaires non prévus décidés par l'autorité contractante.

Sur la régularité de l'avis défavorable de la DNCMP émis par procès-verbal (PV) n°1711/DNCMP/CEA/ AAAG/2024 du 11 juin 2024

Considérant les dispositions de l'article 100 alinéas 1 et 2 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 susvisée selon lesquelles : « Les stipulations relatives au montant d'un marché public ne peuvent être modifiées que par voie d'avenant et dans la limite d'une augmentation de trente pour cent (30%) de la valeur totale du marché de base. L'avenant est adopté et notifié selon la même procédure d'examen que le marché de base. Il ne peut modifier ni l'objet du marché, ni le titulaire du marché, ni la monnaie de règlement, ni la formule de révision des prix » ;

Considérant les dispositions de l'alinéa 2 du même article selon lesquelles : « la passation d'un avenant est soumise à l'autorisation de la direction nationale de contrôle des marchés publics » ;

Que l'alinéa 3 dispose « lorsque l'augmentation de la masse des travaux dépasse d'un montant de trente pour cent (30%) le montant du marché calculé sur la base des prix initiaux, ou lorsqu'en cas d'avenants successifs, le montant du dernier avenant à conclure doit porter le total cumulé des avenants au-delà de trente pour cent (30%) du montant du marché, il est passé un nouveau marché. Les ordres de services relatifs aux prix, aux délais et aux programmes constituent des actes contractuels de gestion d'un marché et ne peuvent être émis que dans les conditions suivantes : »

- lorsqu'un ordre de service est susceptible d'entraîner le dépassement du montant du marché, sa signature est subordonnée aux justificatifs de la disponibilité du financement ;
- en cas de dépassement de montant du marché dans une proportion égale à dix pour cent (10%) au plus, les modifications du marché peuvent être apportées par ordre de service et régularisées par voie d'avenant, sous réserve des dispositions de l'alinéa 2 du présent article ;
- lorsque le dépassement du montant du marché est supérieur à dix pour cent (10%), les modifications ne peuvent se faire qu'après signature de l'avenant y afférent ;
- le jeu normal des révisions de prix en application des clauses contractuelles ne donne pas lieu à passation d'avenant. Toutefois, lorsque l'application de la formule de variation des prix conduit à une variation supérieure à trente pour cent (30%) du montant initial du marché ou du montant de la partie du marché restant à exécuter, l'autorité contractante ou le titulaire peut demander la résiliation du marché » ;

Qu'en application de ces dispositions légales, la clause CCAG 15.1 du dossier type travaux stipule : « Le présent article concerne les ouvrages ou travaux dont la réalisation est décidée par l'Autorité contractante et pour lesquels le Marché ne prévoit pas de prix. Ces travaux pourront être demandés à l'entrepreneur, par un ordre de service, qui sera tenu de les réaliser dans la mesure où le montant du Marché, à la date de sa conclusion, n'excède pas dix (10) pour cent. Les prix nouveaux concernant les ouvrages ou travaux définis à l'alinéa 15.1 ci-dessus peuvent être soit des prix unitaires, soit des prix forfaitaires. Sauf indication contraire liée au volume de travail ou à la nature du travail, ils sont établis sur les mêmes bases que les prix du Marché et sur la base des conditions économiques en vigueur le mois d'établissement de ces prix. S'il existe des décompositions de prix forfaitaires ou des sous-détails de prix unitaires, leurs éléments, notamment les prix contenus dans les décompositions, sont utilisés pour l'établissement des prix nouveaux » ;

Qu'ainsi au terme des dispositions de la loi portant code des marchés publics et de celles du Cahier des Clauses Administratives Générales (CCAG) prévues pour les marchés de travaux, d'une part, un ordre de service peut être donné à l'entrepreneur pour l'exécution des marchés de travaux non prévus dans la limite de 10% du montant initial du marché, et d'autre part, la situation devra être régularisée par voie d'avenant plus tard ;

Qu'ainsi la requête de la Société des Aéroports du Bénin à l'endroit de la société « **COLAS AFRIQUE** » est régulière ;

Considérant la clause CCAG 15.5 du marché des travaux selon laquelle : « Lorsque l'Autorité contractante et l'entrepreneur sont d'accord pour arrêter les prix définitifs, ceux-ci font l'objet d'un avenant » ;

Que la clause CCAG 16.2 précise : « sous réserve de l'application des dispositions de l'alinéa 16.4 du présent article, l'entrepreneur est tenu de mener à son terme la réalisation des ouvrages faisant l'objet du Marché, quelle que soit l'importance de l'augmentation de la masse des travaux qui peut résulter de sujétions techniques ou d'insuffisance des quantités prévues dans le Marché » ;

Qu'ainsi, le CCAG-travaux, impose une obligation à l'entrepreneur d'exécuter les travaux avant la régularisation par voie d'avenant des travaux jugés pertinents par l'autorité contractante et validés par la maîtrise d'œuvre :

Considérant qu'en l'espèce, la DNCMP a levé ses premières réserves avant de donner un avis défavorable à la requête d'autorisation d'avenant à titre de régularisation introduite par la PRMP de la SAB aux motifs que :

1. « la demande de régularisation de l'Autorité Contractante devrait intervenir avant la réception provisoire en soulignant que « L'Autorité Contractante a procédé à la réception des travaux, objet de l'avenant n°1 sans que l'autorisation de recourir audit avenant n'ait été obtenue de l'organe de contrôle compétent et le contrat d'avenant n°1 approuvé conformément aux dispositions du 3^{ème} alinéa de l'article 100 du code des marchés publics en vigueur en République du Bénin » ;
2. « conformément aux dispositions de l'article 7 du Code des Marchés Publics, les marchés publics quel qu'en soit le montant sont soumis au principe de transparence des procédures. L'Autorité Contractante a pris l'ordre de service relatif aux travaux de déplacement de postes électriques de la SBEE le 06 mars 2023 ; cependant, elle n'a introduit sa requête de demande de régularisation que le 09 octobre 2023 soit environ 7 mois sans justifier cet écart qui ne peut être considéré comme une bonne pratique » ;

Qu'à l'analyse, il se révèle que l'incidence financière des travaux supplémentaires nécessaires décidés par l'autorité contractante pour le déplacement des réseaux électriques de la SBEE entre METEO BENIN et le CODE BAR est de 4,9% du montant du marché de base correspondant à la somme de deux cent quarante-huit millions cent neuf mille huit cent vingt-cinq (248 109 825) Francs CFA toutes taxes comprises ;

Considérant que sur les délais ou l'étape à laquelle devrait intervenir la régularisation par avenant des modifications opérées par ordre de service, le législateur est resté muet ;

Que face à ce silence de la loi et en se référant à une jurisprudence établie dans des cas similaires en droit français, il s'est avéré que la régularisation d'un tel avenant est admissible en matière de travaux, avant l'établissement du décompte général définitif (CE, 2 oct. 2002, M. Gross, no 219659 ; CAA Paris, 18 mai 2006, Société Axima, no 03PA00115 ; CAA Marseille, 19 décembre 2011, no 09MA01523), dans la mesure où son seul objet est de régler les prix des travaux supplémentaires qui ont été ordonnés en cours d'exécution par une décision de l'autorité contractante ;

Qu'ainsi, la requête en autorisation d'avenant à titre de régularisation introduite par la SAB ayant rempli les exigences légales en matière de taux et les conditions jurisprudentielles en la matière, la DNCMP n'est pas fondée à motiver son avis défavorable sans aucune base juridique ;

Qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de déclarer mal fondées les réserves de la DNCMP et d'ordonner leur levée aux fins.

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

DECIDE :

Article 1^{er} : La demande d'arbitrage de la Personne Responsable des Marchés Publics de la Société des Aéroports du Bénin, est recevable.

Article 2 : Les réserves formulées par la Direction nationale de contrôle des marchés publics dans le procès-verbal n°01-01/DNCMP/CEA/AAAG-DCMP-MESTFP/ du 06 janvier 2025 dans le cadre l'examen technique et juridique du projet d'avenant au contrat n°00106/MEF/MIT/SAB/COO/DNCMP/SP du 26 janvier 2022 relatifs aux travaux supplémentaires de réaménagement et de reconfiguration des accès et parkings extérieurs de l'Aéroport International de Cotonou, ne sont pas 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 société des aéroports du Bénin (SAB) ;
- au Directeur National du Contrôle des Marchés Publics (DNCMP) par intérim ;
- au Directeur Général de la Société des Aéroports du Bénin (SAB) ;
- au Ministre du Cadre de Vie, du Développement du Durable et des Transports (MCVT) ;
- au Ministre d'Etat, Ministre de l'Economie et des Finances, chargé de la Coopération ;
- au Ministre d'Etat, Secrétaire Général de la Présidence de la République.

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)



Derrick BODJRENOU
(Membre de la CRD)



Gilbert Ulrich TOGBONON
(Membre de la CRD)



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