

DECISION DCC 15-098

DU 23 AVRIL 2015

Date : 23 avril 2015

Requérant : préfet des départements de l'Atacora et de la Donga, Monsieur Gervais T. N'DAH-SEKOU

Contrôle de conformité

Atteinte aux biens

Acte Administratif : décisions n°s 2014-29 et 30/ARMP/PR- CR/CRD/SP/DRAJ/SA de l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) du 22 juillet 2014

Contrôle de légalité

Incompétence

La Cour constitutionnelle,

Saisie d'une requête du 24 septembre 2014 enregistrée à son secrétariat le 29 septembre 2014 sous le numéro 2105/140/REC, par laquelle le préfet des départements de l'Atacora et de la Donga, Monsieur Gervais T. N'DAH-SEKOU, forme un recours en inconstitutionnalité des décisions n°s 2014-29 et 30/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA de l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) en date du 22 juillet 2014 ;

VU la Constitution du 11 décembre 1990 ;

VU la loi n° 91-009 du 04 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001 ;

VU le règlement intérieur de la Cour constitutionnelle ;

Ensemble les pièces du dossier ;

Ouï Madame Lamatou NASSIROU en son rapport ;

Après en avoir délibéré,

CONTENU DU RECOURS

Considérant que le requérant expose : « ... 1- Les faits : Dans le cadre du Programme pluriannuel d'appui au secteur de l'eau et assainissement phase II 2013-2016 ... (PPEA II), la République du Bénin et le Royaume des Pays-Bas ont conclu l'accord COTO116321 du 11-12-2012. Les deux parties ont convenu au point 9 paragraphe 6 dudit accord, pour ce qui concerne la gestion des fonds, le mécanisme d'allocation des ressources, le rôle des communes, le rôle des structures déconcentrées de l'Etat, le rôle de l'Etat, ce qui suit : "pour les dépenses des structures déconcentrées de l'Etat, les crédits seront mis en œuvre selon la procédure de délégation engagement au niveau départemental au travers de la délégation de crédits ; l'ordonnateur secondaire unique étant le préfet de département. Les gestionnaires des crédits seront le chef du service de l'eau et le chef du service de l'hygiène et assainissement de base et le payeur sera le receveur départemental des finances".

Déférant à cette clause de l'accord, toutes les préfectures en lien avec les services départementaux de l'eau ont procédé au recrutement d'entreprises pour la réalisation des Adductions d'eau villageoises (ci-après désignées AEV) sur leur territoire.

Pour ce qui concerne les départements de l'Ouémé et du Plateau, la réalisation de deux AEV a été retenue dont l'une à Ogoukpatè et l'autre à Aguigadji, villages initialement identifiés par les services de l'eau de l'Ouémé et du Plateau. Après le lancement d'un appel d'offres, la réception des offres, les travaux d'analyse et d'attribution des marchés, certaines entreprises soumissionnaires ont formulé des recours en direction de l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) qui, dans les deux décisions citées en objet, a non seulement donné injustement raison auxdites entreprises, mais a également annulé la procédure de passation desdits marchés et dessaisi très abusivement le préfet et les services de l'eau dans la conduite des travaux.

L'ARMP par ces décisions, a ainsi interdit à tous les préfets de procéder à des commandes publiques pour les activités de fonctionnement et d'investissement dans les départements.

Les arguments utilisés par l'ARMP pour soutenir ses décisions étant les mêmes dans le cadre des deux dossiers, il m'a semblé utile d'emprunter les mêmes moyens dans le présent recours contre lesdites décisions. En termes clairs, les moyens utilisés ici ainsi que les conclusions sont les mêmes contre les deux décisions. » ;

Considérant qu'il poursuit : « 2- Les moyens

Comme je le faisais remarquer, les deux décisions de l'ARMP citées ci-dessus portent sur le même objet, développent les mêmes arguments et aboutissent aux mêmes conclusions. Seulement que les localités ne sont pas les mêmes (Ogoukpatè et Aguigadji) et les entreprises ayant déposé les recours devant son autorité ne sont pas les mêmes (SOBEC-BTP et GENERTEL GROUPE SARL). De ce fait, je ne voudrais pas abuser de la patience de la Cour en m'éternisant sur les arguments relatifs à la mauvaise lecture faite par l'ARMP du dossier d'appel d'offres et des divers procès-verbaux des différents organes de passation des marchés mis en place au niveau départemental par le préfet de l'Ouémé et du Plateau. Le préfet de l'Ouémé et du Plateau en personne se chargera de vous donner les arguments dès qu'il lui plaira de vous saisir et au cas où votre autorité lui en demanderait les détails.

En revanche, mes griefs à l'encontre des deux décisions de l'ARMP se situent ailleurs et il me plaît de vous en étaler la substance, car elles créent un précédent grave et dangereux dans l'administration départementale au Bénin.

A-Aux points IV de la décision n° 2014-29/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA et I ... de la décision n° 2014-30/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA, l'ARMP a fait le constat que "c'est le préfet (...) qui a conduit la procédure de passation de ce marché avec l'appui des organes de passation et de contrôle des marchés publics de la préfecture. Il se pose un problème de compétence du

préfet". De ce constat, elle a conclu à l'article 2 de la décision n° 2014-29/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA que : "le préfet des départements de l'Ouémé et du Plateau est incompétent pour conduire la procédure de passation de ce marché pour le compte de la commune d'Adja-Ouèrè" et à l'article 2 de la décision n° 2014-30/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA que : "le préfet des départements de l'Ouémé et du Plateau est incompétent pour conduire la procédure de passation de ce marché pour le compte de la commune de Kétou".

Dans le cas des deux dossiers et conformément aux lois de la décentralisation, il faut faire remarquer que le préfet ne passe aucun marché pour le compte des communes. Les crédits objet des deux commandes incriminées sont des crédits délégués à l'administration départementale pour réaliser les ouvrages. Les ouvrages dont les compétences techniques existent au niveau communal sont les forages et les crédits nécessaires y afférents sont versés aux budgets des différentes communes concernées au Bénin par le PPEA II.

Par quel moyen le préfet peut-il exécuter un marché pour le compte d'une commune s'il s'entend que la commune a son budget et l'exécute selon les principes des finances locales ?

Sur cette question d'incompétence, les dispositions des deux décisions ne sont pas fondées en droit. Le préfet n'est pas sorti du néant dans le dispositif institutionnel de la République du Bénin. Il est, au regard de l'article 10 de la loi n° 97-028 du 15 janvier 1999 portant organisation de l'administration territoriale de la République du Bénin, "(...) le dépositaire de l'autorité de l'Etat dans le département. En cette qualité, il est l'unique représentant du gouvernement et de chacun des ministres pris individuellement (...)". L'article 12 de la même loi dispose qu' "il est créé, autour du préfet, une conférence administrative composée des directeurs et chefs des services déconcentrés de l'Etat dans le département (...)". Donc, à l'image du gouvernement central, le préfet de département est entouré de toutes les structures déconcentrées de l'Etat présentes sur son territoire en vue d'assurer le fonctionnement des services publics au niveau de l'administration départementale. Pour renforcer son

autorité, l'article 23 du décret n° 2002-376 du 22 août 2002 portant organisation et fonctionnement de l'administration départementale fait de lui "(...) l'ordonnateur secondaire du budget national dans son département". » ;

Considérant qu'il affirme : « Le préfet est l'ordonnateur secondaire, pourquoi ? Normalement, pour l'exécution de la partie du budget national affectée en crédit délégué au profit des directions et services déconcentrés de l'Etat, comment exécute-t-on le budget ? Naturellement, par recours aux commandes publiques.

Du fait que le préfet soit le dépositaire de l'autorité de l'Etat, il représente la puissance publique qui détient la compétence des compétences. Par exemple, la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin n'a pas nommément et expressément cité le président de la République comme personne responsable des marchés publics à la présidence de la République. Ce n'est pas pour autant que la présidence de la République ne fasse pas de commandes publiques liées à son fonctionnement et à ses investissements. Il en est de même pour le préfet par analogie au niveau déconcentré.

Pour les marchés liés au fonctionnement et aux investissements de l'administration départementale, des crédits délégués sont à cet effet prévus au budget général de l'Etat. Ces crédits délégués sont soit l'objet de demandes de cotation, soit de marchés passés en bonne et due forme par les structures de passation au niveau départemental. Le ministère des Finances, pour assurer un contrôle a priori des dépenses exécutées au niveau départemental, y a placé un délégué du contrôleur financier. A quoi serviraient les crédits délégués et le délégué du contrôleur financier s'il n'y a pas de commandes publiques et de dépenses publiques à opérer au niveau départemental ? Si le préfet n'est pas compétent pour passer des marchés, à quoi pourraient servir les fonds publics mis à sa disposition et à celle des directions et services déconcentrés de l'Etat (...DSE) au niveau départemental ? Cette incompétence du préfet prononcée

par l'ARMP, en plus de ce qu'elle est une mauvaise interprétation de la loi, est une réécriture de la loi. Ce faisant, l'ARMP s'est substituée au parlement et au prétoire de la justice administrative, ce qui est bien loin de son rôle de régulation des marchés publics, donc contraire à la Constitution du Bénin en son article 35 qui dispose : "les citoyens chargés d'une fonction publique ou élus à une fonction politique ont le devoir de l'accomplir avec conscience, compétence, probité, dévouement et loyauté dans l'intérêt et le respect du bien commun". » ; qu'il fait remarquer : « ... que ce n'est pas parce que la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin s'est tue sur l'administration départementale qu'il faut conclure qu'elle l'exclut de la passation de marchés. Cette décision de l'ARMP pose plus de problèmes qu'elle n'en résout. Si ces décisions doivent être respectées, les services publics au niveau départemental (services de la préfecture et des DSE) seront mis en arrêt dans leur fonctionnement, ce qui est une grave violation du principe de la continuité du service public Mieux, les délégations du contrôle financier dans les départements seront également obligées de fermer, car il n'y a pas de contrôle à opérer si ce n'est sur les finances publiques utilisées dans le cadre du paiement des prestations diverses dont bénéficient les services de l'Etat dans les départements de la part de prestataires. L'ARMP a ainsi violé le principe de la continuité du service public et par conséquent violé l'article 35 de la Constitution de la République du Bénin.

Il y a lieu de reconnaître aussi que la Politique nationale de décentralisation et de déconcentration (PONADEC) et les lois de la décentralisation forment un tout avec la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin et les mécanismes de fonctionnement d'administration des services publics et de gestion des finances publiques au niveau des départements. Cette lecture du système déconcentré et décentralisé est mal interprétée par l'ARMP. Ce faisant, l'ARMP a violé l'article 35 de la Constitution de la République du Bénin.

Le ministère de la Décentralisation, de la Gouvernance locale, de l'Administration et de l'Aménagement du territoire ... (MDGLAAT) a, avec les préfetures, la même lecture de tous les textes de lois cités supra. C'est d'ailleurs ce qui a poussé le MDGLAAT, dans le souci d'une utilisation harmonisée des pratiques de commande publique dans les préfetures, à instruire celles-ci à mettre en place leur structure de passation de marchés. Le préfet des départements de l'Ouémé et du Plateau s'y était conformé en prenant les arrêtés préfectoraux :

- année 2013 n°1-1147/SG/CPMP/SA du 31-12-2013 ;
- année 2013 n°1-1148/SG/CPMP/SA du 31-12-2013 ;
- année 2014 n°1-059/SG/CPMP/SA du 11-02-2014 ;
- année 2014 n°1-60/SG/CPMP/SA du 11-02-2014 ;
- année 2014 n°1-159/SG/CPMP/SA du 19-3-2014 ayant conduit aux procédures en cause.

Il faut rappeler à toutes fins utiles à l'attention de la haute juridiction que dans le souci d'éviter ce qui est actuellement arrivé, j'ai personnellement écrit à l'ARMP en 2012 ... pour lui demander de susciter une concertation de toutes les préfetures sur la problématique des marchés publics dans les services déconcentrés. Ce message resté sans suite est un mépris. Ce mépris est l'expression vivante du refus de l'ARMP de comprendre le mode opératoire de l'administration déconcentrée en République du Bénin et donc une violation de l'article 35 de la Constitution du 11 décembre 1990 de la République du Bénin. » ;

Considérant qu'il soutient : « B- Aux points V-B de la décision n° 2014-29/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA et IV-A second ... de la décision n° 2014-30/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA, l'ARMP explique que : "au sens de l'article 2 de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 susvisée, la qualité d'autorité contractante est reconnue à toutes les personnes morales de droit public au nombre desquelles figurent l'Etat, les collectivités territoriales et décentralisées, les établissements publics et les autres organismes, agences ou offices créés par l'Etat ou les entités décentralisées ; que l'Etat, dans ce contexte, prend en compte les ministères avec leurs démembrements, les institutions de la

République et en principe les préfectures ; (...); ... que la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin est un texte spécifique à la commande publique et est postérieure aux lois n° 97-028 portant organisation de l'administration territoriale et n° 97-029 du 15 janvier 1999 portant organisation des communes en République du Bénin ; qu'il est de principe qu'en cas de conflit entre deux lois spécifiques ou deux lois dont l'une est spécifique et l'autre est générale, c'est la loi spécifique la plus récente qui doit s'appliquer ; ... que même la loi n° 97-029 du 15 janvier 1999 portant organisation des communes en République du Bénin dispose en son article 125 : "les appels à concurrence et attributions des marchés sont effectués conformément à la législation concernant les marchés de l'Etat" ; qu'ainsi, en matière de marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin, ce sont les dispositions de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 susvisée et ses décrets d'application qui doivent s'appliquer ; que cette loi en son article 91 concède aux préfets des départements le pouvoir d'approbation des marchés publics passés par les communes relevant de leur ressort territorial (...).

L'ARMP a conclu que l'article 91 de loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de services publics en République du Bénin "concède aux préfets des départements le pouvoir d'approbation des marchés publics passés par les communes relevant de leur ressort territorial". Ce n'est pas vrai. L'ARMP fait un mélange regrettable entre deux concepts "approbation de marchés" et "approbation de convention de marché" qui n'ont pas la même signification. Elle mélange également les attributions du préfet et celles du ministre des Finances.

En effet, aux termes de l'article 142 de la loi n° 97-029 du 15 janvier 1999 portant organisation des communes en République du Bénin, "les pouvoirs de tutelle sur la commune comportent des fonctions (...) de contrôle de la légalité des actes pris par le Conseil communal et le maire ainsi que le budget de la commune". Ce "contrôle de tutelle s'exerce par voie : 1) d'approbation ; 2) d'annulation ; 3) de substitution"... . L'article

144 de la même loi dispose : "les actes des autorités communales ne sont soumis à approbation que dans les cas ci-dessous (...) ; les conventions relatives aux marchés publics ainsi que les conventions de concession de services publics locaux à caractère industriel et commercial". Au vu de ces trois dispositions de la loi, on comprend aisément que le préfet n'est compétent pour donner son approbation aux communes que sur " les conventions relatives aux marchés publics ainsi que les conventions de concession de services publics locaux à caractère industriel et commercial".

Le préfet n'est aucunement concerné par l'approbation des marchés des communes comme le prétend l'ARMP en citant l'article 91 de la loi n° 2009-02 du 7 août 2009. Cette disposition ne cite nulle part le préfet comme une autorité disposant de cette compétence. Mieux, elle ne l'investit nulle part comme autorité approbatrice des marchés des communes. Seul le ministre en charge des Finances est compétent pour l'approbation des marchés de l'Etat Les communes étant des démembrements de l'Etat, leurs marchés sont également soumis à l'approbation du ministre des Finances.

En réalité, l'approbation du préfet dont il s'agit est l'approbation des contrats de marchés publics des communes telle que prescrite par l'article 144 de la loi n° 97- 029 citée supra et non l'approbation des marchés publics des communes.

D'ailleurs, si nous admettons que le préfet approuve les marchés des communes comme le prétend l'ARMP, il devient de ce fait juge et partie dans le processus de passation des marchés communaux.

Comme partie dans la procédure, le préfet va se retrouver ainsi sur la chaîne de passation des marchés des communes par son prétendu pouvoir d'approbation des marchés. Ce rôle n'a jamais été prévu au nombre de ses compétences. De fait, s'il voulait l'exercer, il rencontrera les communes sur son chemin et celles- ci l'auraient taxé d'intrusion et d'usurpation ...

Comme juge dans la procédure, ainsi que l'article 144 de la loi n° 97-029 du 15 janvier 1999 portant organisation des

communes en République du Bénin fait obligation aux communes de soumettre leurs conventions de marchés publics à l'approbation préalable du préfet, ce dernier se retrouvera dans son rôle d'approbation des actes.

De tout ce qui précède, l'ARMP ne fait pas la différence entre le pouvoir d'approbation conféré au préfet sur les actes liés aux marchés communaux reconnus par l'article 144 de la loi n° 97-029 du 15 janvier 1999 citée supra et le pouvoir d'approbation des marchés conféré par l'article 91 de la loi n° 2009-02 au 7 août 2009 ... au ministre en charge des Finances. Ce faisant, elle viole l'article 35 de la Constitution ... » ;

Considérant qu'il fait observer : « C- L'ARMP énonce toujours aux points V-B de la décision n° 2014-29/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA et IV-A second ... de la décision n° 2014-30/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA ... ce qui suit :

"... par parallélisme des formes, le préfet (...) devrait rester approbateur des marchés passés sur les crédits délégués et laisser la personne responsable des marchés publics habilitée par les textes conduire les procédures jusqu'à la signature du marché".

Il faut relever que les crédits délégués ne concernent pas les communes. Chaque commune a son budget annuel. Il y a donc mauvaise compréhension du concept "crédit délégué" dans le contexte béninois par l'ARMP.

Les crédits délégués dans les départements ne concernent que la préfecture et les DSE. A l'analyse de l'extrait de la décision de l'ARMP qui vient d'être cité, deux problèmes se posent. Le premier est que l'ARMP entretient la confusion quant à sa compréhension du mode opératoire des crédits délégués et des finances des communes. En réalité, les crédits délégués ne sont affectés qu'à l'administration départementale (préfecture et DSE) et pour lesquels le préfet est l'ordonnateur. Quant aux communes, elles élaborent, votent et exécutent leurs budgets approuvés par la tutelle. Dans ce cadre, le préfet n'a aucune intervention dans la procédure et la signature des marchés des communes. Il n'a pour seul rôle que l'approbation des contrats

communaux signés.

En déclarant que le préfet "devrait rester approbateur des marchés passés sur les crédits délégués", l'ARMP l'investit d'un rôle qu'il n'a pas, car sur les marchés passés sur crédits délégués, c'est le préfet qui signe les contrats avec les prestataires, donc c'est lui qui passe lesdits marchés. Il ne peut pas passer et approuver un même marché. Toutes ces méconnaissances entretenues constituent une violation de l'article 35 de la Constitution ...

Le second problème est que l'ARMP feint d'oublier que le marché passé par le préfet de l'Ouémé et du Plateau s'inscrit dans le cadre d'une convention internationale. En effet, aux termes du point 9, paragraphe 6 de l'accord COTO116321 du 11-12-2012 entre la République du Bénin et le Royaume des Pays-Bas, il a été retenu par les deux Etats que : "pour les dépenses des structures déconcentrées de l'Etat, les crédits seront mis en œuvre selon la procédure de délégation engagement au niveau départemental au travers de la délégation de crédits, l'ordonnateur secondaire unique étant le préfet de département. Les gestionnaires des crédits seront le chef du service de l'eau et le chef du service de l'hygiène et de l'assainissement de base, et le payeur sera le receveur départemental des finances ".

Toute commande à opérer dans cette rubrique de la convention ne peut être faite que par l'ordonnateur secondaire qu'est le préfet cité expressément par ladite convention. Le fait que les décisions de l'ARMP n'aient pas pris en compte cette dimension du dossier est une erreur grave et une atteinte dangereuse aux dispositions de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. En effet, l'article 26 de ce traité stipule : " Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi " et son article 27 précise qu' "une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité (...)". La loi n° 90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin en son article 147 dispose que : "Les traités ou accords régulièrement ratifiés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque accord ou traité de son application par

l'autre partie ". Cette disposition garantit donc la supériorité des conventions internationales sur les lois nationales. L'ARMP a méconnu toutes ces dispositions dans ses deux décisions. Annuler une procédure mise en œuvre dans le cadre prescrit par une convention est une méconnaissance de la convention sur le droit des traités, ... de la Constitution, ... du code des marchés publics qui, en son article 5, dispose que : "Les marchés passés en application d'accords de financement ou de traités internationaux sont soumis aux dispositions de la présente loi, dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux dispositions de ces accords et traités internationaux". Il faut aussi mentionner que le Bénin, avec la signature de cette convention avec la partie néerlandaise, a pris un acte de gouvernement. Toute décision administrative qui méconnaît la mise en œuvre d'un acte de gouvernement viole la Constitution, ce que l'ARMP n'a pas daigné faire. En procédant à l'annulation d'un acte de gouvernement issu d'une convention internationale, l'ARMP viole les articles 35 et 147 de la Constitution ... » ;

Considérant qu'il conclut : « D- Aux termes des articles 4 et 5 de ses deux décisions, l'ARMP a annulé les procédures de passation des marchés conduites par le préfet et le dessaisit des marchés pour les orienter vers les communes de Kétou et d'Adja-Ouèrè ou le ministère en charge de l'Eau.

Aucune disposition de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin ni du décret n° 2012-224 du 13 août 2012 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'autorité de régulation des marchés publics ne confère à l'ARMP la compétence d'annulation d'un acte. En droit administratif, l'incompétence est une source de nullité. En prenant des décisions qui sortent de sa compétence, l'ARMP a violé l'article 35 de la Constitution ...

En dessaisissant le préfet de la conduite des procédures pour les orienter vers d'autres acteurs, l'ARMP cause trois problèmes :

- le crédit pour conduire la procédure est l'objet de fiche de

délégation au profit de l'administration départementale tel que prévu par la convention entre le Bénin et la partie néerlandaise. Comment le réaffecter aux nouveaux acteurs indiqués par l'ARMP dans ses décisions ? L'ARMP n'a pas donné les moyens ;

- les communes qu'elle a désignées n'ont pas prévu un tel marché dans leur plan annuel de passation de marchés transmis à la tutelle. Mieux, les dépenses afférentes à ces marchés n'étaient pas prévues à leur budget annuel. Même s'il était possible de leur transférer la mise en œuvre des procédures de ces marchés, il leur sera difficile de modifier leur plan de passation aussi facilement ainsi que leur budget annuel avant la fin de l'année, date de forclusion du crédit alloué ... ;

- pour ce qui concerne le ministère en charge de l'Eau, ce rôle n'était pas prévu pour être joué par lui à la convention avec la partie néerlandaise. Pour nous coller à la convention, il a déjà délégué le crédit tel que prévu par la convention. Toute action contraire qu'il va exécuter violera cette convention.

En causant ces trois problèmes à l'administration sans donner de solutions, l'ARMP a violé l'article 35 de la Constitution ... » ; qu'il demande : « ... eu égard aux différents moyens évoqués, de condamner l'ARMP et de déclarer ses deux décisions contraires aux dispositions des articles 35 et 147 de la Constitution ... » ; qu'il a joint à sa requête diverses pièces ;

INSTRUCTION DU RECOURS

Considérant qu'en réponse à la mesure d'instruction de la Cour, le secrétaire permanent de l'autorité de régulation des marchés publics, Monsieur Hervé Nicaise AWOLO, écrit : « Par lettre ... du 02 octobre 2014, vous avez bien voulu notifier à l'ARMP le recours exercé par Monsieur Gervais T. N'DAH SEKOU, en sa qualité de préfet des départements de l'Atacora et de la Donga, en inconstitutionnalité des décisions n° 2014-29 et 30/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA du 22 juillet 2014 relatives aux procédures d'appels d'offres ouverts n° 02 et 03/Plateau/2014 pour la réalisation des Adductions d'eau villageoise (AEV) à Kétou et Adja-Ouèrè (départements de l'Ouémé et du Plateau) lancées

par le préfet des départements de l'Ouémé et du Plateau.

Cette requête du préfet des départements de l'Atacora et de la Donga appelle ..., les observations qui seront présentées après le rappel des faits.

A- Rappel des faits

Dans le cadre du Programme pluriannuel de l'eau et de l'assainissement phase II (PPEA II) 2013-2016 financé par le Royaume des Pays-Bas, le préfet des départements de l'Ouémé et du Plateau a lancé et publié dans "La nation" n° 5963 du mardi 08 avril 2014, les avis d'appels d'offres ouverts n° 02 et n° 03/PLATEAU/2014 pour la réalisation des travaux d'Adduction d'eau villageoise (AEV) d'Ogoukpatè (commune d'Adja-Ouèrè) et d'Aguigadji (commune de Kétou).

Lors de l'évaluation des offres, des corrections irrégulières ont été apportées aux offres de certains soumissionnaires au détriment d'autres, ce qui a donné lieu à des contestations après la notification des résultats aux soumissionnaires évincés.

Conformément aux dispositions des articles 145 et 146 de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin, les sociétés "SOBEC BTP" et "GENERTEL GROUPE SARL" ont respectivement, par les lettres n°... 060/SOBEC-BTP/2014 du 20 juin 2014 et n° 2014-06-23/086/DG.GEN.GROUP du 23 juin 2014, saisi l'ARMP de recours en contestation des motifs invoqués par le préfet des départements de l'Ouémé et du Plateau (agissant en qualité de personne responsable des marchés publics de son département) pour rejeter leurs offres. Il s'agit des procédures d'appels d'offres ouverts n° 02/PLATEAU-/2014 pour la réalisation des travaux d'Adduction d'eau villageoise (AEV) d'Ogoukpatè dans la commune d'Adja-Ouèrè pour la société GENERTEL GROUPE SARL et celle n° 03/PLATEAU/2014 pour la réalisation des travaux d'Adduction d'eau villageoise (AEV) d'Aguigadji dans la commune de Kétou pour ce qui concerne le

soumissionnaire SOBEC BTP.

Après l'examen de ces recours, le Conseil de régulation des marchés publics est parvenu à la conclusion que les décisions de rejet des offres de ces deux requérantes n'étaient pas fondées pour les motifs invoqués par le préfet des départements de l'Ouémé et du Plateau. En conséquence et dans son rôle de veille à la saine application de la réglementation des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin, le Conseil de régulation a rendu les décisions querellées devant votre institution et qui portent :

- annulation des procédures concernées ;
- dessaisissement du préfet des départements de l'Ouémé et du Plateau de leur conduite pour incompétence.

C'est contre ces deux décisions que le préfet des départements de l'Atacora et de la Donga a formé un recours en inconstitutionnalité.

En substance, le préfet des départements de l'Atacora et de la Donga a plaidé :

- la violation des articles 35 et 147 de la Constitution de la République du Bénin ;
- l'incompétence des préfets pour approuver les marchés publics des communes;
- la compétence du préfet pour passer ces marchés au regard de la convention de financement et de la nature des crédits;
- l'incompétence de l'ARMP pour annuler les actes liés aux procédures concernées. » ;

Considérant qu'il développe : « B- Discussion

I- Rappel des prétentions du requérant

Au soutien de son recours, le préfet des départements de l'Atacora et de la Donga a plaidé comme ci-après :

1- Il résulte des dispositifs des décisions n° 2014-29/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA et n° 2014-30/ARMP/PR-CR/CRD /SP/DRAJ/SA du 22 juillet 2014, en leur article 2, que

l'ARMP a décidé que "le préfet des départements de l'Ouémé et du Plateau est incompétent pour conduire la procédure de passation de ce marché pour le compte de la commune d'Adja-Ouèrè" et pour" ... le compte de la commune de Kétou " ;

2 - L'ARMP a conclu que l'article 91 de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin "concède aux préfets des départements le pouvoir d'approbation des marchés publics passés par les communes relevant de leur ressort territorial".

Il a par ailleurs fait observer que le préfet ne serait aucunement concerné par l'approbation des marchés des communes comme le prétend l'ARMP en citant l'article 91 de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009. Pour le requérant, cette disposition ne citerait nulle part le préfet comme l'autorité disposant de cette compétence. Mieux, elle ne l'aurait investi aucunement comme autorité approbatrice des marchés des communes. Seul le ministre des Finances est compétent pour l'approbation des marchés de l'Etat. Les communes étant des démembrements de l'Etat, leurs marchés seraient également soumis à l'approbation du ministre en charge des Finances. Enfin, souligne-t-il, l'ARMP ne fait pas la différence entre le pouvoir d'approbation conféré aux préfets sur les actes liés aux marchés communaux et reconnu par l'article 144 de la loi n° 97-029 du 15 janvier 1999 citée supra et le pouvoir d'approbation des marchés conféré par l'article 91 de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 citée plus haut au ministre en charge des Finances. Ce faisant, l'ARMP aurait violé l'article 35 de la Constitution ... En effet, en déclarant que le préfet "devrait rester approbateur des marchés passés sur les crédits délégués", l'ARMP l'aurait investi d'un rôle qui n'est pas le sien dans la mesure où sur les marchés passés sur crédits délégués, c'est le préfet qui signerait les contrats avec les prestataires. C'est donc lui qui passerait lesdits marchés alors qu'il ne pourrait pas passer et approuver un même marché.

3- Le marché sus-mentionné, poursuit le requérant, s'inscrit dans le cadre d'une convention internationale. Le Bénin, par la signature de cette convention avec la partie néerlandaise, a pris

un acte de gouvernement.

En procédant à l'annulation d'un acte de gouvernement issu d'une convention internationale, l'ARMP viole les articles 35 et 147 de la Constitution ...

4- Aucune disposition de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 supra citée ni le décret n° 2012-224 du 13 août 2012 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'ARMP ne confère à l'ARMP la compétence d'annuler un acte. » ; qu'il poursuit :
« II-Moyens de l'ARMP

Au principal, l'ARMP démontrera que la Cour constitutionnelle est incompétente pour connaître du recours du préfet des départements de l'Atacora et de la Donga.

Au subsidiaire, elle démontrera le mal fondé des moyens plaidés par le préfet.

A- Sur l'incompétence de la Cour constitutionnelle à connaître de ce recours

Le recours formé par le préfet des départements de l'Atacora et de la Donga a trait formellement au regard de la théorie du droit administratif, à la légalité de la décision querellée et non à sa conformité à la Constitution du 11 décembre 1990. En effet, le requérant conteste la régularité et la légalité de la décision de l'ARMP au regard des textes législatifs et réglementaires qui régissent les marchés publics en République du Bénin.

Les dispositions des articles 35 et 147 de la Constitution ... dont excipe le requérant ne sont pas en cause en l'espèce. La décision querellée n'a point violé le principe de la continuité du service public qui, au demeurant, n'est pas un principe constitutionnel.

A l'évidence, l'incompétence de l'ARMP à annuler un acte dit de "gouvernement" et/ou un acte administratif, relève du contrôle de la légalité et ainsi de la compétence du juge de la chambre administrative de la Cour suprême. Il ne s'agit donc pas en l'espèce d'une quelconque violation des dispositions constitutionnelles, car aux termes de l'article 17 de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 créant l'ARMP : " Les décisions rendues par le Conseil de régulation peuvent faire l'objet d'un recours

judiciaire devant le juge administratif qui doit statuer en procédure d'urgence ".

En conclusion, le contentieux déféré à la Cour de céans, est un contentieux de légalité de la décision querellée. L'ARMP sollicite en conséquence que la Cour constitutionnelle se déclare incompétente. L'ARMP démontrera à présent que les moyens plaidés par le requérant ne sont pas fondés.

B- Au subsidiaire : sur le mal fondé des moyens plaidés par le préfet des départements de l'Atacora et de la Donga

Le mal fondé des moyens plaidés par le requérant s'articulera autour des cinq (5) principales branches suivantes :

- le bien-fondé de l'incompétence du préfet des départements de l'Ouémé et du Plateau pour conduire la procédure de passation du marché public pour le compte de la commune ;
- l'ignorance du rôle d'approbateur des marchés publics des communes conféré aux préfets par le requérant ;
- la prétendue violation du principe de continuité du service public par l'ARMP ;
- la prétendue incompétence de l'ARMP tirée de l'existence supposée d'un acte de gouvernement ;
- la prétendue incompétence de l'ARMP pour annuler les actes formalisés au cours de la procédure d'un marché public. » ;

Considérant qu'il affirme : « 1) Sur le bien-fondé de l'incompétence du préfet des départements de l'Ouémé et du Plateau pour conduire la procédure de passation des marchés publics pour le compte des communes concernées.

Pour soutenir que c'est à tort que l'ARMP a estimé que le préfet des départements de l'Ouémé et du Plateau est incompétent pour conduire la procédure de passation des marchés publics au profit des communes, le requérant fonde principalement son argumentaire sur :

- a) les dispositions du paragraphe 6 point 9 de l'accord COTO116321 du 11 décembre 2012 selon lesquelles "pour les dépenses des structures déconcentrées de l'Etat, les crédits seront mis en œuvre selon la procédure de délégation -

engagement au niveau départemental au travers de la délégation de crédits, l'ordonnateur secondaire unique étant le préfet de département. Les gestionnaires de crédits seront le chef du service de l'eau et le chef du service de l'hygiène et de l'assainissement de base et le payeur sera le receveur départemental des finances" ;

b) les dispositions des articles 10 et 12 de la loi n° 97-028 du 15 janvier 1999 portant organisation de l'administration territoriale en République du Bénin selon lesquelles le préfet est "... le dépositaire de l'autorité de l'Etat dans le département. En cette qualité, il est l'unique représentant du gouvernement et de chacun des ministres pris individuellement (...) Il est créé, autour du préfet, une conférence administrative composée des directeurs et chefs des services déconcentrés dans le département (...)" d'une part, sa qualité "d'ordonnateur secondaire du budget national dans son département", d'autre part, consacrée par l'article 23 du décret n° 2002-376 du 22 août 2002 portant organisation et fonctionnement de l'administration départementale ;

c) le silence de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 sur l'administration départementale ne l'exclut pas de la passation des marchés publics ;

d) il a personnellement et vainement écrit à l'ARMP en 2012 pour susciter une concertation sur la problématique des marchés publics au niveau des services déconcentrés.

1-a) En ce qui concerne le premier argument, il s'avère nécessaire d'attirer l'attention de la Cour sur les structures au profit desquelles cet accord est signé conformément à son paragraphe 1er, il s'agit de :

- la direction générale des investissements et du financement du développement ;
- la direction nationale de la santé publique ;
- la direction générale de l'eau ;
- la société nationale de l'eau et
- les communes du Bénin.

Le paragraphe 9 de l'accord stipule que : "concernant les communes, le maire en sa qualité d'ordonnateur du budget communal, engage, liquide et mandate les dépenses. Le receveur

percepteur du trésor en tant que comptable principal du budget communal, assurera le paiement juridique et le règlement matériel des dépenses publiques ". Il s'ensuit que les crédits afférents à ces marchés publics ont été délégués et cela ne peut qu'être par mauvaise application de l'accord qu'un préfet peut prétendre en disposer pour une quelconque exécution par les services déconcentrés de l'Etat. En effet, les crédits nécessaires à l'exécution de ces marchés devraient être transférés et non délégués. Les communes n'étant pas des services déconcentrés de l'Etat, plutôt des collectivités territoriales décentralisées, personnes morales de droit public et autorités contractantes suivant les dispositions de l'article 2 de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009, elles disposent d'organes de passation et de contrôle des marchés publics compétents pour conduire les procédures de passation des marchés publics pour leur compte. C'est seulement lorsque les communes ne sont pas éligibles pour des dotations directes que les structures déconcentrées de l'Etat peuvent intervenir dans le cas de PPEA avec pour ordonnateur secondaire le préfet. Or, dans les procédures querellées, ces marchés concernent les communes de Kétou et d'Adja-Ouèrè, toutes deux ... éligibles aux dotations directes du PPEA II, car n'ayant eu aucun antécédent fâcheux avec le PPEA I à la connaissance de l'ARMP. » ; qu'il ajoute : « En ignorant donc cet aspect de l'accord ci-dessus cité et en considérant les communes comme les services déconcentrés, le requérant s'appuie sur sa qualité d'ordonnateur secondaire du budget de l'Etat pour s'auto-proclamer "personne responsable des marchés publics du département" et s'enlise en accusant à tort l'ARMP d'avoir violé l'article 147 de la Constitution qui dispose : "Les traités ou accords régulièrement ratifiés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie". Cette accusation est dénuée de tout fondement en ce sens que :

- ledit accord a prévu au début de son paragraphe 9 que "L'organisation gèrera les fonds et en rendra compte conformément à ses réglementations financières et procédures d'exécution du budget général de l'Etat applicable en République du Bénin ..." or, les dispositions de la loi n° 2009-02 du 07 août

2009 portant code des marchés publics et des délégations de service en son article 5, dispose : "Les marchés passés en application d'accords de financement ou de traités internationaux, sont soumis aux dispositions de la présente loi, dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux dispositions de ces accords et traités" ;

- nulle part dans le paragraphe 9 cité partiellement par le requérant, il n'est spécifié que c'est l'ordonnateur qui est la "personne responsable des marchés publics". Si l'on suppose même que, c'est dans le cadre des crédits délégués que ces marchés doivent être passés pour le compte des communes, le rôle prépondérant qui revient à l'ordonnateur secondaire dans sa position, est celui des Directeurs des ressources financières et du matériel (DRFM) des ministères dans le cadre d'une procédure d'exécution des dépenses publiques : engagement, liquidation et ordonnancement. Le DRFM, en tant qu'ordonnateur délégué du budget de son ministère, ne conduit pas la procédure de passation des marchés publics, cependant, c'est lui qui procède à l'engagement de la dépense publique, à sa liquidation et son ordonnancement, après que le secrétaire général du ministère, en sa qualité de personne responsable des marchés publics du ministère, ait mis en œuvre toute la procédure de passation d'un marché public, désigné l'attributaire et signé le marché. Par similitude, le préfet en tant qu'ordonnateur secondaire, devrait faciliter la réservation des crédits nécessaires avant le lancement des procédures de passation des marchés querellés, instruire les gestionnaires des crédits, avec l'implication des organes de passation et de contrôle des marchés publics des communes bénéficiaires, pour la mise en œuvre des procédures de ces marchés, car à cette ère de la décentralisation, il est inconcevable que les communes bénéficiaires ne soient pas impliquées dans l'acquisition des biens qui leur sont destinés pour un meilleur suivi de leur réalisation et de leur entretien.

Ce n'est qu'à l'issue de la procédure de passation et après la signature du marché par la personne responsable des marchés publics de la commune concernée et l'attributaire désigné que le préfet pourra procéder en toute légalité à l'approbation de ces

marchés, approbation sans laquelle lesdits marchés ne peuvent être en vigueur. C'est seulement après l'approbation du marché qu'il pourra faire accomplir par ses services compétents, les formalités relatives à l'engagement de la dépense. Les demandes d'avance de démarrage lui sont soumises ainsi que les projets d'acompte jusqu'à la fin de l'exécution du marché. Il liquide les dépenses et les ordonnances. A chacune de ces étapes, le délégué du contrôleur financier joue le rôle qui lui est dévolu dans le cadre de l'exécution des dépenses publiques.

1-b) En ce qui concerne le deuxième argument, il est impérieux pour l'ARMP d'apporter à la compréhension de la Cour, que la qualité d'ordonnateur n'implique pas systématiquement les fonctions de "personne responsable des marchés publics" au regard des textes régissant les marchés publics dans l'espace UEMOA et au Bénin. Si tel n'était pas le cas, c'est le ministre en charge des Finances, en sa qualité d'ordonnateur du budget de l'Etat et les ministres sectoriels, désormais ordonnateurs de leur budget respectif qui seraient nécessairement les "personnes responsables des marchés publics" pour toutes les commandes de l'Etat. A l'image du ministre en charge des Finances, qui a récemment délégué partiellement son pouvoir d'approbation des marchés publics aux ministres sectoriels par le décret n° 2014-546 du 12 septembre 2014 portant délégation partielle du pouvoir d'approbation aux autres ministres, le préfet n'est compétent, à l'étape actuelle de la réglementation des marchés publics en vigueur au Bénin, que pour approuver les marchés publics des communes relevant de sa tutelle. Ceux qu'il représente, c'est-à-dire, les ministres, n'ayant que le rôle d'approbateur des marchés publics, le préfet ne peut aller au-delà de cette attribution dans le processus des marchés publics. Aussi, faudrait-il faire remarquer que les ministres autant que les préfets ne sont pas des "personnes responsables des marchés publics" dans le contexte béninois. » ;

Considérant qu'il fait remarquer : « Il est donc clair que le moyen tendant à faire croire que la qualité "d'ordonnateur secondaire" du préfet lui donne droit systématiquement ... à la qualité de personne responsable des marchés publics de la

préfecture et des services déconcentrés de l'Etat, n'est pas fondé et s'analyse comme une volonté délibérée de violer les textes de la République.

1-c) En ce qui concerne le troisième argument du requérant relatif au silence de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 sur l'administration départementale et qui n'est pas synonyme de son exclusion de la passation des marchés publics, ce moyen manque en droit, car les préfectures ne sont pas reconnues comme des autorités contractantes aux termes de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009. Les articles 2 et 9 de ladite loi ont cité nommément les personnes habilitées à être autorités contractantes d'une part, et consacré les personnes responsables des marchés publics d'autre part, en République du Bénin. Les personnes responsables des marchés publics sont les seules habilitées à conduire les procédures de passation des marchés et à signer les contrats (article 8 alinéas 1er et 2 de la même loi et articles 1^{er}, 2 et 4 du décret n° 2010-496 du 26 novembre 2010 portant organisation, attributions et fonctionnement de la Personne responsable des marchés publics (PRMP), de commissions de passation et des cellules de contrôle des marchés publics). Il est de principe que dans un Etat de droit, les structures de l'Etat qu'elles soient centrales, déconcentrées ou décentralisées tiennent leur compétence des lois et règlements de la République et ne peuvent aller au-delà sans tomber dans l'illégalité. Ainsi, il est illégal que la préfecture de l'Ouémé et du Plateau ou toute autre préfecture s'auto-proclame "autorité contractante", le préfet s'érigeant en "personne responsable des marchés publics du département" et se mette à passer des marchés pour le compte des communes qui ont ces compétences ou des services déconcentrés de l'Etat. C'est sans le moindre fondement juridique que, sur instruction du ministre en charge de la Décentralisation, que les organes de passation et de contrôle des marchés publics ont été installés dans toutes les préfectures. Ces organes illégalement mis en place ainsi que les fonctions de "personne responsable des marchés publics de la préfecture" illégalement exercées par les préfets pourraient avoir des conséquences graves pour les intéressés et les titulaires des marchés passés par eux, car en vertu des dispositions de l'article 8 alinéa 5 de la loi n° 2009-02 du 07 août

2009 précitée, "Les marchés ou délégations conclus par une personne non habilitée à cet effet sont nuls et de nul effet". Et s'il en était besoin, il convient de rappeler qu'en droit administratif, l'incompétence est source de nullité.

Au regard de tout ce qui précède, l'ARMP, en tant que garante de la bonne application de la réglementation des marchés publics au Bénin, ne peut laisser perdurer indéfiniment une telle situation. Ainsi, dans l'intérêt et dans le souci de préserver le bien commun, l'ARMP a, avec conscience, compétence, probité, dévouement et loyauté, exercé sa mission de régulation.

1-d) S'agissant du prétendu mépris de l'ARMP qui n'a pas répondu à la lettre du requérant, demandant une concertation avec tous les préfets, au sujet de la problématique des marchés publics dans les services déconcentrés, il convient de préciser à l'attention de la haute juridiction que les concertations sont tributaires de l'existence d'un budget. Au cours de la même année 2012, en dehors des séances d'encadrement qui ont été tenues dans les communes et les préfectures du Bénin, une séance particulière a été encore organisée par l'ARMP au profit des maires et des préfets en présence de leur ministre de tutelle ... Ladite séance d'information et de sensibilisation a eu lieu à Bohicon le 29 novembre 2012 et a permis à l'ARMP de préciser aux participants leurs rôles respectifs dans le processus de passation des marchés publics. Une communication leur a été présentée sur le thème : "le cadre institutionnel des marchés publics au Bénin (rôle des préfets et des maires)". C'est au cours de la même année que le requérant a encore sollicité une autre concertation tendant à faire prendre des décisions dont la finalité serait de reconnaître aux préfectures la qualité d'autorité contractante et aux préfets la qualité de personnes responsables des marchés publics du département. S'étant rendu compte que ce serait une réécriture du code des marchés publics et après analyse, l'ARMP ne pouvant se substituer au législateur, qui a su éviter à juste titre le cumul des fonctions de passation et d'approbation des marchés publics aux préfets, a décidé d'associer les préfectures à la relecture de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 en vue de sa révision. A l'état actuel de cette loi, il

n'est point possible de confier la passation des marchés publics aux préfectures à l'exclusion des commandes en dessous des seuils pour lesquelles la procédure des trois (3) factures proforma continue à être utilisée pour le moment par les structures. En dehors de ces séances d'encadrement, une lettre circulaire a été envoyée dans toutes les communes et préfectures du Bénin sur l'approbation des marchés publics des communes. Aussi, l'appui technique et les avis de l'ARMP peuvent-ils être sollicités par échange de correspondances, à défaut d'une concertation telle que l'a sollicitée le requérant. Au regard de tous ces efforts, dans un contexte de ressources financières limitées et sans redevance de régulation, c'est à tort que le requérant fait état d'un mépris de l'ARMP pour satisfaire sa demande de concertation sur la problématique des marchés publics au niveau des préfectures. » ;

Considérant qu'il soutient : « De tout ce qui précède, il ressort que le préfet n'est pas compétent pour conduire la procédure de passation des marchés publics pour le compte des communes et des services déconcentrés de l'Etat. A l'évidence, c'est à tort qu'il est allégué par le requérant que les décisions querellées constituent une mauvaise interprétation ou une réécriture de la loi, voire une violation de l'article 35 de la Constitution tel que soutenu par le préfet des départements de l'Atacora et de la Donga. Ces décisions de l'ARMP s'inscrivent dans le cadre légitime de ses missions de régulation et marquent la fin des marchés illégalement passés par les préfets pour les services déconcentrés de l'Etat et les communes à cette ère de la décentralisation, qui, sans être contrôlés et approuvés, sont exécutés au mépris des lois de la République.

2) Sur l'ignorance par le requérant du rôle d'approbateur des marchés publics des communes conféré aux préfets

C'est encore à tort que le préfet des départements de l'Atacora et de la Donga soutient que le préfet n'a pas pour compétence d'approuver le marché public passé par les communes relevant de sa juridiction administrative.

D'abord, il est important de porter à la connaissance des juges de la haute juridiction que dans l'espace UEMOA,

différentes directives visant à réformer et harmoniser les procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public ont été prises. Ces directives se justifient par le légitime souci d'une bonne gestion des fonds publics, surtout la promotion de la transparence, l'efficacité du processus de la commande publique et la nécessité de faciliter l'intégration économique et monétaire dans l'espace UEMOA.

Ainsi, la législation nationale a organisé la signature et l'approbation des marchés publics sur la base des directives communautaires. En effet, l'article 68 de la directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest africaine prescrit que "Les marchés publics, selon la qualité de l'autorité contractante, sont transmis par l'entité administrative chargée du contrôle des marchés publics, à une autorité approbatrice, centrale ou déconcentrée, qui est obligatoirement distincte de l'autorité signataire".

Ensuite, en internalisant les dispositions de cette directive citée supra, le législateur béninois a fait en sorte que les personnes habilitées à conduire les procédures de marchés publics jusqu'à leur signature ne soient pas des autorités approbatrices desdits contrats. Dans cette logique, les dispositions de l'article 91 de la loi n° 2009-02 du 07 août 2002 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin précisent que : " les marchés publics, selon la qualité de l'autorité contractante, sont transmis par la direction nationale de contrôle des marchés publics compétente pour approbation :

a) s'agissant des marchés de l'Etat, au ministre en charge des Finances ;

b) s'agissant des marchés passés par les autres personnes morales de droit public visées à l'article 2 de la présente loi :

- à leurs autorités de tutelle respectives, si les marchés sont exécutés sur le budget de l'Etat,

- à leurs organes de gestion, si les marchés sont exécutés sur les fonds propres ... ".

Enfin, de la lecture croisée de ces dispositions et de celles de l'article 144 de la loi n° 97-029 du 15 janvier 1999, il ressort que les marchés publics passés par "les collectivités territoriales décentralisées" (telles qu'elles sont désignées au point 1-a de l'article 2 de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009) doivent être approuvés par l'autorité de tutelle qui reste le préfet de département compétent, ce qui conforte d'ailleurs la position du législateur dans les dispositions de l'article 144 point 10 de la loi n° 97-029 du 15 janvier 1999. » ;

Considérant qu'il allègue : « L'objectif visé par le législateur en instituant le contrôle de légalité dans les marchés publics est de permettre aux autorités préfectorales de s'assurer de la conformité des délibérations et des décisions prises par les collectivités territoriales aux lois et règlements en vigueur. Ainsi, lorsque la commande publique est passée au mépris des dispositions en vigueur, le préfet ne doit pas les approuver. Sans son approbation, le marché public ne peut être en vigueur, ce qui implique qu'aucun engagement de la dépense publique n'est possible. En se mettant en position de personne responsable des marchés publics pour le compte d'une commune, le préfet viole les dispositions des articles 8 et 9 de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 et du décret n° 2010-496 du 26 novembre 2010 portant organisation, attributions et fonctionnement de la Personne responsable des marchés publics (PRMP), de commissions de passation et des cellules de contrôle des marchés publics. Ce faisant, il néglige son rôle légitime et légal d'approbation de cette commande avant sa mise en exécution pour s'accrocher à un rôle de fait et illégal, aux conséquences graves.

Dans la situation des procédures annulées par l'ARMP, le préfet reste juge et partie, étant donné qu'aucune instance n'approuve les marchés qu'il passe de fait avant leur exécution. Pour s'en convaincre, il suffit de demander au requérant et aux préfets la preuve de l'approbation des marchés qu'il ont passés de 2012 à ce jour par le ministre en charge des Finances. Les

conséquences du défaut d'approbation des marchés publics avant leur exécution sont précisées par les dispositions de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 en les termes ci-après :

- article 91 alinéa 4 : "... Les marchés qui n'ont pas été approuvés sont nuls et de nul effet".

- article 106 alinéas 3 et 4 : "Tout marché public doit être conclu, signé et approuvé avant tout début d'exécution des marchés.

Aucune régularisation de travaux, de fournitures et de prestations de services démarrés en violation de l'alinéa précédent n'est admise".

Certains préfets l'ont si bien compris qu'ils ont instruit les receveurs percepteurs des communes relevant de leur juridiction, de ne payer les marchés publics des communes que lorsqu'ils ont été au préalable approuvés par eux : cas du préfet des départements du Zou et des Collines (lettre n° 4/449/PDZ-C/SG/STCCD du 22 novembre 2012 ...). D'autres préfets font un usage excessif de ce pouvoir à l'encontre des communes si bien que l'ARMP, dans son rôle de régulateur, a dû prendre la circulaire n° 2013-02/PR/ARMP/SP/DRAJ du 19 juillet 2013 relative à l'approbation des marchés publics des communes. Des preuves d'approbation des marchés publics des communes par les préfets, y compris le préfet des départements de l'Atacora et de la Donga sont annexées au présent mémoire. Il s'agit à titre d'exemples, des arrêtés préfectoraux :

- n°6/099/P-SG-STCCD/DCLC du 21 juillet 2014 portant approbation des marchés publics de la commune de Bassila ;

- n°2014 n°1-797/SG/SAF/SA du 14 octobre 2014 portant approbation du marché n°115/035/SG-ST-SAFE du 23 septembre 2014 conclu par le maire de Sakété ;

- n°2013 n°2/0156/DEP-ATL-LITT/SG/STCCD/A2/D1 du 13 juin 2013 portant approbation des contrats relatifs à la couverture sanitaire des autorités et responsables de la municipalité de Cotonou ;

- n°2014 n°2/0363/DEP-ATL-LITT/SG/STCCD du 07 novembre 2014 portant approbation des contrats signés par le maire de la commune de Cotonou ;

- n°2014 n°2/0208/DEP-ATL-LITT/SG/STCCD du 30 juillet 2014 portant approbation des contrats signés par le maire de la commune de Cotonou.

L'arrêté préfectoral n°6/099/P-SG-STCCD/DCLC du 21 juillet 2014 portant approbation des marchés publics de la commune de Bassila, constitue une preuve suffisante de ce que le préfet des départements de l'Atacora et de la Donga, contrairement à ses allégations, approuve les marchés publics des communes relevant de sa tutelle. Les allégations inexacts du requérant sont la preuve du caractère contradictoire de ses moyens. » ;

Considérant qu'il fait observer : « Il est paradoxal de constater que tout en démontrant qu'il est l'ordonnateur secondaire unique du budget de l'Etat affecté en crédits délégués et le représentant de tous les ministres sectoriels pris individuellement, le requérant soutient que le préfet n'approuve pas le marché public passé par les communes et que c'est le ministre en charge des Finances qui en est compétent. Il reconnaît cependant que le préfet est habilité à approuver " les conventions relatives aux marchés publics " .

Ainsi ... il est à faire constater à la Cour que le préfet des départements de l'Atacora et de la Donga se contredit manifestement et méconnaît ses compétences en matière de marchés publics. Il fait donc une lecture erronée des textes applicables.

Le requérant allègue être le représentant de tous les ministres sectoriels au niveau départemental, donc y compris le ministre en charge des Finances, mais les marchés publics passés par les communes, nonobstant les dispositions de l'article 144 point 10 de la loi n° 97-029 du 15 janvier 1999 portant organisation des communes en République du Bénin, doivent selon lui, être approuvés par le ministre en charge des Finances. Si tel est effectivement le cas, quel est alors, selon lui, le sens de la déconcentration ? Il reconnaît cependant que suivant les dispositions de l'article 144 point 10 de la loi ci-dessus citée, le préfet est compétent pour approuver les conventions relatives aux marchés publics passés par les communes. Quelles sont, de façon

concrète, ces conventions de marchés publics ? En quoi consiste donc l'approbation d'une convention de marché public et celle d'un marché public ? Quelle différence existe-t-il entre un marché public et une convention de marché public ? Voilà autant de questions que le requérant aurait dû se poser et dont les réponses auraient pu l'édifier.

Sachant que le marché public est défini comme un contrat écrit passé par une personne morale de droit public pour satisfaire ses besoins en matière de fournitures, de service et de travaux (article 3 alinéa 33 de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public), il n'y a aucune différence entre " approuver un marché public" et "approuver une convention relative au marché public". Les termes "marché public" et "convention relative au marché public" ont été invariablement employés par le législateur d'un texte à un autre et acceptés comme ayant la même signification. A compter de la promulgation de la loi n° 97-029 du 15 janvier 1999 et bien avant la mise en vigueur de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009, les préfets ont toujours approuvé les marchés publics passés par les communes. Tel est le cas du requérant. Plusieurs litiges soumis à l'ARMP dans la mise en œuvre des procédures de passation des marchés publics au niveau des communes ont déjà fait cas de l'approbation des marchés publics par les préfets.

Au regard de ce qui précède, le moyen qui tend à soutenir que le préfet n'approuve pas le marché public passé par les collectivités décentralisées n'est pas fondé.

3) sur la prétendue violation du principe de continuité du service public

Le requérant fait grief à l'ARMP d'avoir violé le principe de la continuité de service public dans ses décisions querellées et soutient que sans exercer les fonctions de personne responsable des marchés publics, "les services de la préfecture et des DSE seront mis en arrêt dans leur fonctionnement" et les délégations de contrôle financier au niveau des départements vont fermer. Cette allégation du préfet des départements de l'Atacora et de la Donga dénote de son attachement troublant et incompréhensible aux fonctions de passation des marchés publics. En tout état de

cause, le dessaisissement du préfet des procédures incriminées, ordonné par l'ARMP, ne signifie nullement qu'il y a rupture de continuité du service public. Le Conseil de régulation statuant en matière de règlement des différends, en se fondant sur les dispositions des articles 2, 8, 9 et 91 de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009, a veillé à éviter toute perturbation dans le fonctionnement des services publics. Ainsi, il a été demandé au préfet dont il s'agit de confier le dossier à la PRMP de la commune concernée pour la relance de ladite procédure conformément à la réglementation en vigueur au Bénin. Dès lors, deux (2) alternatives sont possibles :

1- la première : le préfet procède à la réservation des crédits et instruit les communes concernées, avec l'appui des chefs des services de l'eau, de l'hygiène et de l'assainissement au niveau départemental, de procéder aux opérations de passation desdits marchés avec la signature des personnes responsables des marchés publics compétentes que le maire de la commune soumettra à son approbation. Le règlement financier se fera par le receveur percepteur du département, les crédits sont logés ailleurs, bien mentionnés dans le plan de passation des marchés publics, mais les procédures sont mises en œuvre par qui de droit ;

2- la deuxième alternative (et la meilleure, conforme à l'accord et la loi): le préfet et/ou les maires concernés (ainsi que les acteurs du PPEA II) saisissent le ministre en charge des Finances pour procéder au transfert des crédits nécessaires au règlement financier de ces marchés aux communes de Kétou et d'Adja-Ouèrè qui, avec l'appui des chefs des services de l'eau, de l'hygiène et de l'assainissement au niveau départemental, vont mettre en œuvre ces procédures et les soumettre à l'approbation du préfet. Dans ce cas, les communes n'auront plus besoin que le préfet facilite ou procède à la réservation des crédits. Le règlement financier se fera par le receveur percepteur de la commune. La relance des procédures se fera sur la base des dossiers d'appel d'offres déjà préparés et à la suite de la révision du plan de passation des marchés publics. Cette révision ne pose aucun problème, elle peut se faire en une demi-journée et autant de fois que nécessaire.

Dans un cas comme dans l'autre, les fonctions du préfet se limitent à l'approbation de ces marchés. Le délégué du contrôleur financier du département procédera aux contrôles requis avant l'approbation desdits marchés par le préfet ainsi qu'aux étapes d'engagement, de liquidation et d'ordonnancement des dépenses y afférentes (cas de la première alternative). En somme, le préfet a toujours un rôle prépondérant à jouer dans le processus de passation et d'exécution de ces marchés et reste très utile à d'autres fins au niveau des préfectures, car au départ, il n'y est pas certainement affecté que pour les marchés publics. Pour accompagner cette fonction d'approbation des marchés publics, le rôle important que doit jouer le délégué du contrôleur financier auprès des préfectures est donc celui que joue le contrôle financier avant l'approbation de tout marché public par le ministre en charge des Finances et le délégué du contrôleur financier dans les phases d'engagement, de liquidation et d'ordonnancement des dépenses publiques » ;

Considérant qu'il précise : « Pour le fonctionnement des services de la préfecture, la procédure de trois (3) factures proforma continue à être appliquée par les services des affaires financières des structures en République du Bénin en attendant l'adoption du décret relatif aux modalités de mise en œuvre des demandes de cotation par le Conseil des ministres. Pour les marchés en dessous des seuils, c'est une autre procédure simplifiée qui est prévue avec un comité d'approvisionnement, si bien qu'on n'aura pas besoin d'être personne responsable des marchés publics avant de la mettre en œuvre. Mais en attendant l'adoption de ce décret, certaines structures attachées à la transparence des procédures publient au moins par affichage, voire dans des journaux, les avis de demande de cotation par référence aux dispositions de la réglementation des marchés publics en vigueur.

Il va sans dire ... que les décisions de l'ARMP ne bloquent en rien la continuité du service public. Il s'agit purement et simplement d'une résistance à se conformer aux textes de la République. Mais, quelles que soient les circonstances, force doit rester à la loi.

4- Sur l'incompétence de l'ARMP tirée de l'existence

prétendue d'un acte de gouvernement ...

L'acte de gouvernement recouvre deux catégories d'acte : les actes qui touchent aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels et les actes liés à la conduite des relations extérieures du Bénin. Sa principale caractéristique est son "injusticiabilité", c'est-à-dire, que nos juridictions se déclarent incompétentes pour en connaître. L'immunité juridictionnelle de l'acte de gouvernement s'explique par la volonté du juge d'éviter de provoquer des difficultés internationales au gouvernement. La réserve du juge serait à l'origine de cette politique jurisprudentielle.

Dans le cas d'espèce, le Conseil de régulation n'a pas statué sur la convention dont excipe le préfet des départements de l'Atacora et de la Donga. De surcroît, elle n'a pas annulé les conditions de signature d'un accord international. Ainsi, l'annulation des procédures incriminées ne relève pas d'un acte de gouvernement pour les raisons ci-après :

- le litige porte essentiellement sur une procédure liée aux marchés publics internes pour lesquels c'est la réglementation nationale en la matière que l'accord a prescrite (voir début paragraphe 9 de l'accord en question) et n'a pas un caractère d'extranéité ;

- la procédure de passation desdits marchés est un "acte détachable" des conditions de conclusion de l'accord COTO116321 du 11 décembre 2012 entre le Royaume des Pays-Bas et la République du Bénin.

C'est le lieu de dire à la Cour de céans que l'Ambassadeur des Pays-Bas a adressé ses félicitations à l'ARMP à la suite de la reddition des décisions querellées par le préfet des départements de l'Atacora et de la Donga. Il s'ensuit que les Pays-Bas n'ont pas le sentiment que l'ARMP a dénaturé ou violé la convention dont excipe le requérant.

5- Le pouvoir de suspendre ou d'annuler des actes qui s'inscrivent dans la procédure des marchés publics est de la compétence de l'ARMP

L'autorité de régulation des marchés publics est dotée de

prérogatives conséquentes, par le législateur et par l'exécutif, pour assumer sa fonction de régulation des marchés publics. Ces prérogatives ne sont pas une particularité du Bénin dans l'espace UEMOA, au regard de la directive O5/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest africaine.

En effet, les compétences de suspension et d'annulation des actes relatifs aux marchés publics de l'ARMP tirent leur fondement de :

- l'article 146 de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 dont les alinéas 1, 4 et 5 disposent respectivement :

. alinéa 1 : "Les décisions rendues au titre de l'article précédent peuvent faire l'objet d'un recours devant l'autorité de régulation chargée du règlement des différends dans un délai de deux (2) jours ouvrables à compter de la notification de la décision faisant grief" ;

. alinéa 4 : "les décisions de l'autorité de régulation des marchés publics ne peuvent avoir pour effet que de corriger la violation alléguée ou d'empêcher que d'autres dommages soient causés aux intérêts concernés ou de suspendre ou faire suspendre la décision litigieuse ou la procédure de passation" ;

. alinéa 5 : " En cas de décision constatant la violation de la réglementation applicable, l'autorité contractante doit s'y conformer en prenant, dans un délai de cinq (05) jours ouvrables, les mesures de nature à remédier aux irrégularités constatées. La décision de l'autorité de régulation des marchés publics est immédiatement exécutoire " ;

- l'article 2 du décret n° 2012-224 du 13 août 2012 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'autorité de régulation des marchés publics dispose en son alinéa 3 qu'elle est chargée, entre autres, de :

- au point 0 : " initier sur la base de toute demande ou d'informations émanant de toute personne intéressée, à tout moment, toute investigation relative à des irrégularités ou des violations de la réglementation nationale ou communautaire commises en matière de marchés publics et des délégations de

service public " ;

. au point P : "s'assurer du respect de la réglementation par l'ensemble des acteurs de la chaîne du système des marchés publics" ;

. au point S : "recevoir et statuer sur les recours exercés par les candidats et soumissionnaires, ou même s'autosaisir des violations de la réglementation en matière des marchés publics et des délégations de service public".

. l'article 5 alinéa 1er du même décret dispose : "Le Conseil de régulation est l'organe délibérant et décisionnel de l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP), chargé de définir et d'orienter sa politique générale et évaluer sa gestion dans les limites fixées par ses missions" » ;

Considérant qu'il conclut : « A ce titre, le Conseil de régulation a, entre autres, pour attributions, conformément à l'alinéa 2 point 14 du même article, de : "prendre, conformément aux dispositions du code des marchés publics et des délégations de service public, les décisions relatives au règlement des contentieux des marchés publics".

Garante de la saine application de la réglementation des marchés publics au Bénin, l'ARMP peut, dans le but de corriger les irrégularités constatées et au regard des éléments d'appréciation mis à sa disposition, suspendre, annuler et/ou prescrire des mesures correctives dans la mesure du possible. Ce n'est qu'ainsi que l'intégrité du système de passation des marchés publics en République du Bénin peut-être renforcée.

Au regard de ce qui précède, le moyen du préfet des départements de l'Atacora et de la Donga qui consiste à soutenir qu' "aucune disposition de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin ni du décret n° 2012-224 du 13 août 2012 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'autorité de régulation des marchés publics ne confère à l'ARMP la compétence d'annulation d'un acte" n'est pas fondé » ; qu'il demande à la Cour au principal, de se déclarer incompétente pour connaître de ce litige, au subsidiaire, au cas où elle se

reconnaît compétente, de débouter le préfet des départements de l'Atacora et de la Donga de tous ses moyens et demandes. » ;

ANALYSE DU RECOURS

Considérant que dans le cadre du Programme pluriannuel de l'eau et de l'assainissement phase II (PPEA) 2013-2016 financé par le Royaume des Pays-Bas, le préfet des départements de l'Ouémé et du Plateau a lancé deux avis d'appel d'offres ouverts relatifs à la réalisation des travaux d'Adduction d'eau villageoise (AEV), l'un dans le village d'Oukpatè (commune d'Adja-Ouèrè) et l'autre dans le village d'Aguigadji (commune de Kétou) ; que lors des évaluations des offres, des corrections ont été apportées aux offres des sociétés SOBEC BTP et GENERTEL GROUPE SARL, soumissionnaires au détriment d'autres ; que ces corrections ont donné lieu à des contestations de la part de celles-ci à la suite de la notification des résultats qui leur a été faite ; que ces deux sociétés ont saisi l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) de recours en contestation des motifs invoqués par ledit préfet agissant en qualité de personne responsable de marché public de son département ; que l'ARMP a rejeté lesdits moyens en prenant deux décisions ; que le préfet des départements de l'Atacora et de la Donga a saisi la haute juridiction pour voir déclarer ces deux décisions contraires aux articles 35 et 147 de la Constitution ;

Considérant qu'il ressort des éléments du dossier que la demande du requérant tend, en réalité, à faire apprécier par la Cour **la conformité des décisions** n^{os} 2014-29 et 30/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA du 22 juillet 2014 de l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) relatives aux procédures d'appels d'offres ouverts n^{os} 02 et 03/Plateau/2014 pour la réalisation des Adductions d'eau villageoise (AEV) dans les communes de Kétou et d'Adja-Ouèrè lancées par le préfet des départements de l'Ouémé et du Plateau **au décret n° 2010-496 du 26 novembre 2010** portant attributions, organisation et fonctionnement de la Personne responsable des marchés publics (PRMP) des commissions de passation et des cellules de contrôle

des marchés publics **et à la loi n° 2009-02 du 07 août 2009** portant code des marchés publics ; que l'appréciation d'une telle demande relève d'un contrôle de légalité ; que la Cour, juge de la constitutionnalité ne saurait en connaître ; que dès lors, il échet pour elle de se déclarer incompétente ;

D E C I D E :

Article 1^{er}.- La Cour est incompétente.

Article 2.- La présente décision sera notifiée à Monsieur le Préfet des départements de l'Atacora et de la Donga Gervais T. N'DAH-SEKOU, à Monsieur le Secrétaire permanent de l'autorité de régulation des marchés publics, Monsieur Hervé Nicaise AWOLO, et publiée au Journal officiel.

Ont siégé à Cotonou, le vingt-trois avril deux mille quinze,

Messieurs	Théodore	HOLO	Président
	Zimé Yérima	KORA-YAROU	Vice-Président
	Simplice C.	DATO	Membre
	Bernard D.	DEGBOE	Membre
Madame	Marcelline-C	GBEHA AFOUDA	Membre
Monsieur	Akibou	IBRAHIM G.	Membre
Madame	Lamatou	NASSIROU	Membre.

Le Rapporteur,

Le Président,

Lamatou NASSIROU.-

Professeur Théodore HOLO.-