



RÉPUBLIQUE DU BÉNIN



MINISTÈRE DE L'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR ET DE LA RECHERCHE
SCIENTIFIQUE

UNIVERSITÉ D'ABOMEY-CALAVI

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

CENTRE DE DROIT ADMINISTRATIF ET DE L'ADMINISTRATION
TERRITORIALE

MASTER PROFESSIONNEL : MARCHÉ PUBLIC ET PARTENARIAT PUBLIC PRIVÉ

PROMOTION : 2019-2020

THÈME :

**Les procédures dérogatoires dans la
commande publique au Bénin**

Présenté par :

Marcellin Sunday HOUNGBÈMÈ

Sous la Direction de :

Dr. Ludovic GUEDJE

Maître Assistant en Droit Privé

des Universités – CAMES

Enseignant chercheur à la

FADESP/UAC

Janvier : 2022

AVERTISSEMENT

La Faculté de droit et de science politique de l'Université d'Abomey-Calavi n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ses opinions doivent-être considérées comme propres à son auteur.

DÉDICACE

A mon épouse Josiane M. VODOUNON et à mes enfants en l'honneur de leurs multiples apports pour moi.

REMERCIEMENTS

Je remercie l'éternel, Dieu tout puissant, pour la grâce qu'il m'a accordée au cours de cette formation.

Je remercie ma mère Thérèse AYONOU, pour les sacrifices consentis pour moi.

Je remercie mon père Martin HOUNGBEME, pour avoir su m'orienter sur le chemin de l'école.

Je désire exprimer toute ma gratitude au Docteur Ludovic GUEDJE, Maître Assistant en droit des Universités du CAMES, pour ses conseils, ses apports et orientations forts utiles dans la réalisation de ce mémoire. Je voudrais vous dire merci pour le sacrifice consenti dans la direction de ce travail.

Je voudrais rendre un hommage à tous mes éminents Professeurs de Master qui ont su nous donner l'encadrement nécessaire tout au long de notre formation ;

Je remercie mon épouse pour son assistance permanente ;

Je ne saurais oublier mes camarades du Master avec qui la collaboration a été très fraternelle.

Que tous ceux qui ont apporté une contribution quelconque, de quelque manière que ce soit, trouvent ici l'expression de ma profonde gratitude.

LISTE DES SIGLES

AC	: Autorité Contractante
AOF	: Attributions, Organisation et Fonctionnement
ARMP	: Autorité de Régulation des Marchés Publics
CCMP	: Cellule de Contrôle des Marchés Publics
CMP	: Code des Marchés Publics
DAO	: Dossier d'Appel d'Offres
DNCMP	: Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics
DPP	: Direction de la Programmation et de la Prospective
MEF	: Ministère de l'Economie et des Finances
MP	: Marchés Publics
PCC	: Plan de Consommation des Crédits
PPBS	: Planification-Programmation-Budgétisation et Suivi-Evaluation
PPMP	: Plan de Passation des Marchés Publics
PRMP	: Personne Responsable des Marchés Publics
PTA	: Plan de Travail Annuel
SIGFiP	: Système Intégré de Gestion des Finances Publiques
SIGMaP	: Système Intégré de Gestion des Marchés Publics
UEMOA	: Union Economique et Monétaire Ouest Africaine

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
PREMIÈRE PARTIE : UNE UTILISATION SUFFISAMMENT ENCADRÉE ..	5
CHAPITRE 1 : Un encadrement juridique rigoureux	7
Section 1 : Un champ délimité par la loi	7
Section 2 : Un cadre structurel règlementé.....	14
CHAPITRE 2 : UNE MISE EN ŒUVRE SUFFISAMMENT ORGANISÉE.....	21
Section 1 : Le marché par entente directe (ou le marché de gré à gré)	21
Section 2 : Les autres procédures dérogatoires applicables	27
PARTIE 2 : UN MECANISME DISCUTABLE	33
CHAPITRE 1 : LA COMPLEXITÉ DU MECANISME	35
Section 1 : Du fait de l'absence de contrôle	35
Section 2 : Du fait de la non-maîtrise des prix	42
CHAPITRE 2 : UN MECANISME PERFECTIBLE.....	49
Section 1 : Les difficultés liés aux mesures dérogatoires.....	49
Section 2 : La nécessité d'une réforme.....	54
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	60
BIBLIOGRAPHIE.....	63
TABLE DES MATIÈRES	70

INTRODUCTION GÉNÉRALE

L'État joue un rôle essentiel au sein du jeu économique, soit comme opérateur, soit comme régulateur. La crise économique actuelle confirme cette place primordiale et redonne toute sa valeur à l'action publique. L'acteur économique que représente l'État indique tout l'enjeu de sa participation au financement de l'activité économique. Les différents leviers à sa disposition contribuent largement à la satisfaction d'un besoin en rapport avec les agents économiques. Cependant elle remet à l'ordre du jour le questionnement sur la capacité financière de l'État, sa capacité à générer des économies budgétaires et faire face convenablement à ses charges. Son mode de fonctionnement et sa capacité à influencer sur l'économie par la commande publique remet au goût du jour l'efficacité de son action¹. Malgré les procédures auxquelles obéit la commande publique, cette dernière est bien affiliée à des procédures dérogatoires dont l'application varie selon les cas.

Depuis le moyen âge à travers des lois et décrets pour réglementer les relations contractuelles avec les acteurs privés et déjà en 1256 sous le régime de Saint Louis apparaissent les premiers modes de passations des contrats publics². En l'absence de l'abondance de prestations, c'est la mise en œuvre des procédés de délégations qui sont les plus utilisés par le pouvoir royal. La mise en place de cette procédure s'explique par une organisation administrative interne inachevée et l'absence de moyens financiers pour faire face aux différentes charges et travaux de la royauté³.

Au Bénin, pays francophone de l'Afrique de l'Ouest, l'exigence d'une bonne utilisation des deniers publics est au cœur de la République depuis 1960. L'histoire de l'achat public n'est pas nouvelle dans notre pays, elle remonte à la période coloniale. Les textes applicables sont restés jusqu'à l'accession à la souveraineté internationale, ceux conçus par les autorités Françaises. Ces textes régissaient en grande partie les commandes orientées principalement vers l'achat de biens et services destinés à l'entretien des

¹ Alassane DIALLO, *Commande Publique au Sénégal : Efficacité de la dépense publique, enjeu de progrès économique et social pour les collectivités publiques*, Mémoire de Master en Administration publique, Ecole Nationale d'Administration, France, p.6, 2012-2013

² Xavier BESANÇON, « l'essai sur les contrats de travaux et de services publics, Contribution à l'histoire administrative de la délégation de service publique », LGDJ, 1999, p.8, cité par **Alassane DIALLO**, *op.cit.* p.6

³ *Ibidem.*

troupes et à la logistique des colons. Le dernier texte en la matière est codifié par le décret 49-500 du 11 Avril 1949 portant application du décret du 06 Avril 1942 relatif aux marchés passés par l'Etat, pour les territoires relevant du ministère de la France d'Outre-Mer. D'autant plus que la commande publique est soumise aux règles de passation strictes des marchés publics afin de favoriser un libre accès, une égalité de chance à tous les candidats et d'éviter toute discrimination d'une part, il y a lieu de faire face d'autre part à des situations dites d'urgence, soit pour des montants qualifiés de petites valeurs pour lesquelles il est permis de déroger à la procédure normale d'appel d'offres retenue comme la règle⁴. Avant tout, il est important de rappeler ce que c'est que la procédure dérogatoire et la commande publique.

Par commande publique, il faut entendre, « *l'expression souvent employée pour désigner la commande de biens, de services ou de réalisation de travaux par les personnes publiques*⁵ ». C'est aussi « *une expression générique qui regroupe les principaux contrats publics que sont les marchés publics, les délégations de service de public et les partenariats publics privé*⁶ ». La procédure s'entend comme « *la façon de procéder, marche à suivre*⁷ ». Quant à la dérogation, on peut la définir comme « *une autorisation spéciale accordée qui dispense de certaines règles, lois*⁸ ». Elle s'entend aussi dans un premier sens comme l'action d'écarter l'application d'une règle dans un cas particulier⁹. Dans un second sens, c'est entendu parfois comme synonyme d'exception. Elle est appelée dérogation législative lorsque la dérogation est apportée par une loi dite dérogatoire qui, sans abroger le droit antérieur, l'écarte de façon permanente ou temporaire, dans un domaine déterminé¹⁰.

La procédure dérogatoire est donc cette procédure consistant à écarter dans des limites déterminées, la règle normalement applicable et se dit principalement d'une convention

⁴ Art. 28 de la directive de l'UEMOA n°04/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005.

⁵ Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT, Serge GUICHARD et Gabriel MONTAGNIER (Sous la dir.) *Lexiques des termes Juridiques*, Paris, Dalloz, 16^{ème} éd., 2007, p.131.

⁶ Art.2 du décret n°2018-230 du 13 juin 2018 portant code d'éthique et de déontologie dans la commande publique

⁷ Dictionnaire français consulté sur linternaute.fr ce 01 mars 2021 à 22h 51mn

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique, op.cit. p. 334.*

particulière ou d'une clause par laquelle les parties se soustraient à l'application d'une disposition légale ou d'une loi d'exception qui se singularise du droit commun.¹¹

Le sujet présente un double intérêt. D'abord théorique, du fait qu'il nous édifie davantage sur les contours et le régime juridique applicable aux procédures dérogatoires dans la commande publique en République du Bénin. Quant à l'intérêt pratique il renseigne sur les spécificités pratiques des procédures dérogatoires dans la commande publique. Notamment de leur mise en œuvre et des contrôles y afférents.

Dans le but de rationaliser les achats publics dans tous les cas légaux où le principe de la libre concurrence ne peut être mise en œuvre, l'application du choix des mesures dérogatoires constitue une réelle exception pour laquelle il y a lieu de mener une réflexion. De ce fait, une question mérite d'être posée. Celle de savoir **comment s'opèrent les procédures dérogatoires dans la commande publique au Bénin ?**

La rédaction de tout travail scientifique nécessite une voie à suivre en vue d'arriver aux solutions ou toute recherche scientifique doit se fonder sur un objet d'étude et sur des méthodes appropriées à cet effet. Pour mieux appréhender ce sujet, plusieurs méthodes peuvent être envisagées parmi lesquelles nous envisageons les méthodes systémiques, structuraliste et empirique. La première est axée sur un ensemble des organes cohérents s'influençant les uns les autres, dépendant les uns des autres, et agissant les uns sur les autres dans le processus de la réalisation de la commande publique. C'est ainsi que Guy ROCHER affirme que : « *toute recherche, théorique ou empirique, qui partant du postulat que la réalité sociale ou économique présente les caractères d'un système, interprète et explique les phénomènes socio-économiques par des liens d'interdépendance qui les relie entre eux et qui forment une totalité*¹² ». La seconde méthode, celle structuraliste nous permet d'analyser le fonctionnement des différentes structures en charge de la commande publique au Bénin.

¹¹ *Ibidem*

¹²[https://www.memoireonline.com/05/17/9932/m_Analyse-du-processus-d-elaboration-et-d-execution-d-un-budget-d-exploitation-et-son-incidence-sur7.html#:~:text=La%20m%C3%A9thode%20syst%C3%A9mique%20est%20ax%C3%A9e,la%20r%C3%A9alit%C3%A9%20sociale%20\(%C3%A9conomique\)%20pr%C3%A9sente](https://www.memoireonline.com/05/17/9932/m_Analyse-du-processus-d-elaboration-et-d-execution-d-un-budget-d-exploitation-et-son-incidence-sur7.html#:~:text=La%20m%C3%A9thode%20syst%C3%A9mique%20est%20ax%C3%A9e,la%20r%C3%A9alit%C3%A9%20sociale%20(%C3%A9conomique)%20pr%C3%A9sente) consulté le 16 mars 2021 à 18h 30.

Pour finir, il nous paraît impérieux de recourir à la démarche empirique, laquelle démarche nous permettra d'observer les manifestations pratiques des mesures dérogatoires dans la commande publique dans le droit positif, pour établir ensuite une analyse déductive des faits. Une démarche conceptuelle est donc nécessaire à la suite de cette observation afin d'appréhender une nouvelle clé de lecture qui permet d'apporter une explication approfondie de la procédure applicable aux mesures exceptionnelles dans la commande publique au Bénin. Toutefois, cette conceptualisation ne peut se fonder sur un postulat arbitraire ou artificiel, car cela revient à « *méconnaître l'observation de la réalité, voire parfois à essayer de soumettre celle-ci à l'imperium de la réflexion abstraite. Le choix de l'axiome originare relève alors tout simplement de l'arbitraire de chacun*¹³ ». Cette démarche conceptuelle doit donc se fonder sur une méthode empirique, celle de l'observation du droit positif, qui permet de dégager une nouvelle clé de lecture des exceptions qui respectent l'objectivité et la réalité de la réflexion menée. Ainsi, pour mieux présenter notre thème, il sera au préalable question de présenter l'encadrement juridique des mesures dérogatoires (**Première partie**) afin de ressortir ce en quoi le mécanisme est discutable (**Deuxième partie**).

¹³ Isabelle POIROT- MAZERES, *La représentation en droit administratif français*, Thèse dactyl., Toulouse 1, 1989, p. 84
p. XIV. Cité par Marie-Charlotte BONTRON, *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique*, thèse de doctorat, droit public, de l'Université de Montpellier 2015, p. 47.



**PREMIÈRE PARTIE : UNE UTILISATION
SUFFISAMMENT ENCADRÉE**

D'autant plus que la commande publique est soumise aux règles de passations strictes des marchés publics afin de favoriser un libre accès, une égalité de chance à tous les candidats et d'éviter toute discrimination d'une part, il y a lieu de faire face d'autre part à des situations dites d'urgence, soit pour des montants qualifiés de petites valeurs pour lesquelles il est permis de déroger à la procédure normale d'appel d'offre retenue comme la règle.

Pour y parvenir **un encadrement juridique rigoureux** (Chapitre I) y accompagne dans **une mise en œuvre suffisamment organisée** (Chapitre II).

CHAPITRE 1 : UN ENCADREMENT JURIDIQUE RIGOUREUX

Pour mieux assainir les dépenses publiques, le législateur s'est donné pour tâche d'encadrer juridiquement tous les contours de la commande publique en général et les mesures dérogatoires en particulier. S'il est clair que la commande publique est soumise à une réglementation bien fournie et connue de tous, il y a lieu de demander ce qu'en est des mesures dérogatoires. C'est pour mieux appréhender le régime juridique auxquelles ces dernières sont soumises, que nous avons envisagé de ressortir le cadre juridique délimité par la loi (**Section 1**) ensuite recourir au cadre structurel existant (**Section 2**)

Section 1 : Un champ délimité par la loi

L'application des mesures dérogatoires dans la commande publique constitue une véritable exception dans la passation des marchés publics, des délégations de service publics et même des partenariats publics-privé dont il faut délimiter son champ d'application. Cette délimitation effectuée par la loi, est observée d'une part du fait de l'existence d'une dualité d'ordre juridique applicable (**paragraphe 1**) puis d'autre part à travers des principes gouvernants ces procédures (**paragraphe 2**)

Paragraphe 1 : Une dualité d'ordre juridique existante

Depuis le rapport analytique sur le système de passation des marchés publics (CPAR), le Bénin s'est engagé dans une réforme ardue du système des marchés publics. Ainsi, le Bénin dispose d'un arsenal juridique assez fourni¹⁴. L'ordre juridique régissant les procédures dérogatoires faisant exception à la procédure normale de passation dans la commande publique se trouve a priori dans la réglementation interne applicable (**A**) puis a posteriori dans l'ordre juridique communautaire afin de relever la complémentarité qui caractérise les dispositions législatives et réglementaires régissant la commande publique au Bénin¹⁵. De ce fait, il y a lieu d'apprécier la place des dispositions communautaires à savoir des directives de l'Union Economique et Monétaire Ouest

¹⁴ Ludovic GUEDJE & Aubin GODJO, « La commande publique dans la réforme : quelle stratégie, quelles actions ? » in, *La LOLF dans tous ses états*, Ed : Centre des publications Universitaires de l'Université d'Abomey-Calavi, 2015, p. 114.

¹⁵ Ludovic GUEDJE & Aubin GODJO, *op. cit.* p. 109

Africaine (UEMOA) règlementant la commande publique que le Bénin a transposées en droit interne pour se conformer à ses engagements régionaux **(B)**.

A- La réglementation interne applicable

Le droit des marchés publics¹⁶ est marqué par l'extrême diversité des règles qui le forment, dispersés dans une multitude de textes, de nature législative et réglementaire, nationale ou supranationale. Au sein de cet ensemble disparate, le code des marchés publics continue à occuper une place centrale, même si elle apparaît de plus en plus discutée¹⁷. Au Bénin, comme c'est le cas en France, les marchés publics sont régis par le code des marchés publics. L'instrument juridique auquel toute personne titulaire d'un marché public au Bénin est appelée à se référer se résume dans la législation nationale aussi bien législative que réglementaire. Au nombre de ces dispositions juridiques, le Bénin n'a cessé de procéder à une révision périodique de son code des marchés publics. Les plus récents sont respectivement la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin¹⁸, de la loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin et du décret n°2020-604 du 23 décembre 2020 portant modalités spécifiques d'exclusion d'opérations d'achat ou d'entités du champ d'application du code des marchés publics. Ce dernier trouve son application dans un contexte bien défini. C'est-à-dire en cas de dérogation aux règles générales. Pour mieux appréhender son contenu, il faut se tourner vers l'article premier dudit décret pour mieux s'en approprier. De cet article, il ressort que :

« Le décret fixe les cas et modalités spécifiques d'exclusion du code des marchés publics, de certains types d'opérations d'achat ou d'entités, visés par les dispositions du code des marchés publics¹⁹ ». On peut donc s'apercevoir que l'application du code

¹⁶ Il faut comprendre que l'expression la mieux adaptée est « la commande publique » qui couvre un domaine plus étendu englobant aussi bien les marchés publics stricto sensu ainsi que les délégations de service public et les partenariats public-privé au profit de l'Etat. Au sens organique, la commande publique embarrasse les opérations d'achats de biens et services et réalisation de travaux, des personnes morales de droit public et certaines personnes morales de droit privé

¹⁷ Ludovic GUEDJE & Aubin GODJO, « La commande publique dans la réforme : quelle stratégie, quelles actions ? » in, *La LOLF dans tous ses états*, Ed : Centre des publications Universitaires de l'Université d'Abomey-Calavi, 2015, p. 109.

¹⁸ Cette loi remplace celle n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin.

¹⁹ Art.1^{er} du décret n°2020-604 du 23 décembre 2020 portant modalités spécifiques d'exclusion d'opérations d'achat ou d'entités du champ d'application du code des marchés publics

des marchés publics est limitée et ne peut s'étendre à certaines mesures dérogatoires. Il s'en suit de ce que l'article 3 précise dans son énoncé que :

« les personnes morales de droit public ou privé assujetties au code des marchés publics peuvent bénéficier d'une dérogation aux dispositions du code des marchés publics, pour tenir compte de leur contexte particulier, et à condition que leur système de gestion et de contrôle des achats ou de passation des marchés soit jugé plus pertinent pour assurer l'efficacité et la transparence des processus d'achat ²⁰ ». Cet article lève donc le doute selon lequel les mesures dérogatoires ne seraient pas règlementées et encadrées. Les méthodes propres à ces mesures constituent un dispositif alternatif de gestion des achats qui doivent décrire notamment les simplifications introduites par rapport aux règles prescrites avec une justification des mesures de mitigation ou de réduction des risques y afférentes²¹. Il y a lieu de noter par ailleurs que l'application des mesures dérogatoires trouve aussi son fondement dans le décret n°2018-233 du 13 juin 2018 fixant les procédures et modalités de passation des marchés publics relatifs aux besoins de défense et de sécurité nationale exigent le secret et le décret n°2018-232 du 13 juin 2018 fixant les seuils de passation, de sollicitation de prix, de dispense, de contrôle et d'approbation des marchés publics en République du Bénin. De cette dernière disposition réglementaire, il ressort que les procédures de passation des marchés qui atteignent les seuils communautaires restent soumises aux dispositions de la loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics actuellement remplacée par la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 et fixent les seuils à partir desquels un marché public peut être soumis à une mesure dérogatoire. Le décret distingue plusieurs seuils dont les seuils de passation des marchés publics²², les seuils de dispense et des conditions de mise en œuvre des procédures de sollicitation de prix²³, des seuils communautaires de la commande publique²⁴, des seuils de compétence des organes de contrôle des marchés

²⁰ Art.3 al.1 du décret n°2020-604 du 23 décembre 2020 précité.

²¹ Art.3 al.2 du décret n°2020-604 du 23 décembre 2020 précité.

²² Article 1^{er} et s. du décret n°2018-232 du 13 juin 2018 fixant les seuils de passation, de sollicitation de prix, de dispense, de contrôle et d'approbation des marchés publics en République du Bénin

²³ Art.4 et s. du décret n°2018-232 du 13 juin 2018 précité.

²⁴ Art.7 et s. du décret n°2018-232 du 13 juin 2018 précité.

publics²⁵ et enfin les seuils d'approbation²⁶. Pour ce qui concerne les seuils de dispense²⁷ et des conditions de mise en œuvre des procédures de sollicitation de prix, ils feront l'objet d'un développement ultérieur dans notre étude. Le Code des Marchés Publics de la République du Bénin est postérieur à la réglementation de l'UEMOA en date du 9 décembre 2005, laquelle règlementation constitue une mesure juridique communautaire essentielle visant à rendre plus efficace la commande publique au Bénin.

B- Le recours à l'ordre juridique communautaire

Le droit communautaire UEMOA fait obligation aux États membres dont le Bénin de ce que les travaux, fournitures et prestations de services qui font l'objet d'un marché public ou d'une délégation de service public soient définis par référence aux normes, agréments techniques ou spécifications nationaux ou communautaires, ou à défaut par référence à des normes ou agréments techniques ou spécifications internationaux²⁸. Toutefois, Il peut être dérogé à ces règles dans certaines conditions précises dont notamment, si les normes, les agréments techniques ou les spécifications techniques nationaux, communautaires ou à défaut internationaux, ne contiennent aucune disposition concernant l'établissement de la conformité ou s'il n'existe pas de moyens techniques permettant d'établir de façon satisfaisante la conformité d'un produit à ces normes, à ces agréments techniques ou à ces spécifications techniques communes²⁹. De même, la dérogation est autorisée si ces normes, ces agréments techniques ou ces spécifications techniques nationaux, communautaires ou à défaut internationaux, imposent l'utilisation de produits ou de matériaux incompatibles avec des installations déjà utilisées par l'autorité contractante ou entraînent des coûts disproportionnés ou des difficultés techniques disproportionnées, mais uniquement dans le cadre d'une stratégie clairement définie et consignée en vue d'un passage, dans un délai déterminé, à des normes, à des agréments techniques ou à des spécifications techniques nationaux,

²⁵ Art.9 et s. du décret n°2018-232 du 13 juin 2018 précité.

²⁶ Art.13 et s. du décret n°2018-232 du 13 juin 2018 précité.

²⁷ Il ressort de l'article 4 du décret n°2018-232 du 13 juin 2018 précité que le seuil de dispense est le montant prévisionnel hors taxe en-dessous duquel les achats publics peuvent s'effectuer sur simple facture après consultation de trois entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de service.

²⁸ Art.49 directive de l'UEMOA 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.

²⁹ Art. 49 (a) de la directive de l'UEMOA n°04/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 précitée

communautaires ou internationaux³⁰. Par ailleurs, les règles ne peuvent être applicables si le projet concerné constitue une véritable innovation pour laquelle le recours à des normes, à des agréments techniques ou à des spécifications techniques nationaux, communautaires, ou à défaut internationaux existants serait inapproprié³¹. Le recours à la procédure dérogatoire ci-dessus visée, doit être expressément mentionnés dans les cahiers des clauses techniques. Les informations sur la procédure dérogatoire sont communiquées sur sa demande à la Commission de l'UEMOA³². Plusieurs principes gouvernent ces mesures.

Paragraphe 2 : Les principes gouvernants les procédures dérogatoires

Plusieurs principes gouvernent la commande publique dans son ensemble. Après avoir constaté une énumération exhaustive de ces principes **(A)** il sera procédé à leur reconnaissance et consécration dans l'ordre juridique béninois **(B)**.

A- Une pluralité de principes applicables à la commande publique

La commande publique est strictement soumise à bon nombres de principes qui la gouvernent. Ces principes font appel à la concurrence, à la transparence et à l'égalité pour tous les soumissionnaires de concourir pour l'obtention des marchés. Pour énumérer ces principes, il faut se référer à la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin³³. Au nombre de ces principes fondamentaux, on peut énumérer celui de l'économie et de l'efficacité du processus d'acquisition, le principe de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats soumissionnaires, de transparence des procédures et enfin de reconnaissance mutuelle³⁴. Les règles et procédures de la passation des marchés visent à l'économie et à l'efficacité dans l'acquisition à faire. Les acquisitions doivent être faites conformément au Plan de Passation des Marchés (PPM) approuvé par le Comité National de Suivi (CNS)³⁵. La directive de l'UEMOA n°04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 vient renchérir l'existence de ces principes dans chaque Etat membre à

³⁰ Art. 49 (b) de la directive de l'UEMOA n°04/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 suscitée

³¹ Art. 49 (c) de la directive de l'UEMOA n°04/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 précitée.

³² Art. 49 dernier alinéa

³³ Cf.art.7 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Université d'Abomey-Calavi, *Manuel de procédure de passation des marchés*, p. 6.

travers la rationalité, la modernité et la traçabilité des procédures³⁶. L'Union fait obligation aux Etats membres à ce qu'ils s'engagent à interdire toute mesure ou disposition fondée sur la nationalité des candidats de nature à constituer une discrimination à l'encontre des ressortissants des Etats membres de l'UEMOA³⁷. Les États membres s'engagent par ailleurs à ce que la participation d'un soumissionnaire qui est un organisme de droit public à une procédure de passation de marché public ne cause pas de distorsion de concurrence vis-à-vis de soumissionnaires privés³⁸. C'est pourquoi les entités adjudicatrices doivent traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée. Un marché ne peut être conçu dans l'intention de se soustraire au champ d'application de la directive de l'UEMOA ou de limiter artificiellement la concurrence. Celle-ci est considérée comme artificiellement limitée lorsqu'un marché est conçu dans l'intention de favoriser indûment certains opérateurs économiques. Les Etats membres prennent les mesures appropriées pour veiller à ce que, dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établi par le droit de l'Union, le droit national ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail. Ces principes fondamentaux applicables à tous les marchés peuvent se trouver restreindre face à certains marchés à titre exceptionnel du fait des mesures dérogatoires.

B- La restriction des principes applicables du fait des mesures dérogatoires

Il est sans doute nécessaire de reconnaître que les principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics³⁹. Depuis le code des marchés publics de 2006 en France, l'article 1^{er} dudit code énonce les grands principes de la commande publique et l'article 5-I prévoit une nouvelle exigence performancielle pour les acheteurs publics, lors de la détermination des besoins à satisfaire. Il s'agit de la prise en compte d'objectifs de développement durable⁴⁰. Il existe

³⁶ Art.2 de la directive n°04/2005/CM/UEMOA précitée

³⁷ Art.2 de la directive n°04/2005/CM/UEMOA suscitée

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Jérôme MICHON, *Les marchés publics en 100 questions*, Paris, Groupe Moniteur, 3^{ème} éd., 2008, p.52. 436p.

⁴⁰ *Ibidem*.

désormais une obligation et non une simple possibilité de prendre en compte les objectifs de développement durable pour tout acheteur qui doit intégrer des préoccupations de développement durable⁴¹. Si certains principes semblent être consacré et applicable à toutes les procédures, il y a lieu de constater que la loi reste expressément silencieuse sur ceux applicables en cas de mesures dérogatoires. Tout compte fait, on peut retenir que ces principes sont applicables aux marchés publics quel qu'en soit le montant. Alors, on peut se référer à la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin en son article 7 pour déduire de ce que les marchés par entente directe ou de gré à gré et d'appel d'offre restreint sont tous soumis auxdits principes⁴². De cette disposition, il ressort que les marchés publics, quel qu'en soit le montant, sont soumis aux principes d'économie et d'efficacité du processus d'acquisition, à la liberté d'accès à la commande publique et à l'égalité de traitement des candidats et soumissionnaires⁴³.

Toutefois, cette généralité des principes à tous les marchés publics n'empêche d'envisager quelques restrictions en cas de nécessité notamment en cas de dérogation et en fonction du choix de la nature du marché. Pour ce qui concerne les procédures et modalités de passation de marchés publics relatifs aux besoins de défense et de sécurité nationale exigeant le secret ou pour lesquels la protection des intérêts de l'Etat est essentiel, elles sont incompatibles avec les mesures de publicité⁴⁴. Concernant les modalités, la procédure de gré à gré ne peut se faire que dans trois (3) cas dont en cas de monopole, de contraintes ou exigences techniques ou de l'urgence impérieuse⁴⁵. Il y a situation de monopole lorsque les besoins ne peuvent être satisfaits que par une prestation nécessitant l'emploi d'un brevet d'invention, d'une licence ou de droits exclusifs détenus par un seul entrepreneur, un seul fournisseur ou un seul prestataire⁴⁶. Il y'a contraintes ou exigences techniques lorsque les marchés ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des raisons artistiques, techniques, d'investissements

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Art.7 de loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin

⁴³ Art.7 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin

⁴⁴ Art.1^{er} du décret n°2018-233 du 13 juin 2018 fixant les procédures et modalités de passation des marchés publics relatifs aux besoins de défense et de sécurité nationale exigent le secret.

⁴⁵<https://sites.google.com/site/acheteurspublics/marches-publics-encyclopedie/principes-generaux-de-la-commande-publique> consulté le 17 mars 2021 à 13h 15mn.

⁴⁶ *Ibidem.*

préalables importants et de sécurité liée à l'intérêt supérieur de l'Etat. C'est également le cas lorsque le prestataire dispose d'une capacité technique propre et unique. De ce fait, les besoins ne peuvent être satisfaits que par celui-ci⁴⁷. Quant à l'urgence impérieuse, elle a lieu en cas de circonstances imprévisibles ou de force majeure ne permettant pas de respecter les délais prévus dans les procédures d'appel d'offres et nécessitant une intervention immédiate⁴⁸. De ce fait, il semble avoir violation des principes de liberté d'accès et de l'égalité de traitement des parties.

Par ailleurs, le code fait obligation aux autorités contractantes de veiller au respect de la réglementation en matière environnementale, sociale et du travail de même que celles relatives à la protection des personnes handicapées et du genre dans le cadre de l'application des principes fondamentaux⁴⁹. Cette disposition mentionne expressément une souplesse et une restriction dans l'observation des principes fondamentaux de la commande publique face à des matières relatives à l'environnement, à l'aspect social et en matière du droit de travail.

Section 2 : Un cadre structurel règlementé

Plusieurs services et institutions sont exclus de la procédure d'appel d'offre ouvert et sont donc soumis à celle dérogatoire afin de répondre soit aux besoins urgents, soit aux besoins de défense et de sécurité nationale ou encore pour satisfaire au choix effectué par le législateur donc au besoin de l'autorité contractante. Il y a donc lieu d'énumérer lesdites structures (**Paragraphe 1**) avant de ressortir les services soumis à la dérogation (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Les structures objet de procédures dérogatoires

Du fait de la nécessité, de l'importance et du caractère stratégique de certaines structures de l'Etat, celles-ci sont exclues de la procédure normale de passation des marchés publics et sont donc soumises à une procédure exceptionnelle dans l'acquisition de leur besoin. Il s'agit en l'occurrence des besoins de défense et de sécurité nationale (**A**) et les autres mesures légalement exclues (**B**)

⁴⁷ *Ibidem.*

⁴⁸ *Ibid.* p. 74

⁴⁹ Art.7 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 précité.

A- Les besoins de défense et de sécurité nationale

La passation des marchés publics de travaux, de fournitures, de services ou de prestations intellectuelles visés à l'article 1^{er} du décret n°2018 - 233 du 13 Juin 2018, échappe aux mesures de publicité prévues par le code des marchés publics en raison de l'exigence du secret qui les caractérise ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat est incompatible avec des mesures de publicité⁵⁰. Sont exclues de l'application des dispositions de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin, les besoins de défense et de sécurité nationale exigeant le secret et pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat est incompatible avec les mesures de publicité⁵¹. Au nombre de ces besoins exigeant le secret ou pour lesquels la protection des intérêts est incompatible avec les mesures de publicité, les renseignements, procédés, objets, documents, données informatiques ou fichiers intéressant la défense, la sécurité publique et assimilé qui ont fait l'objet de mesures de protection destinées à restreindre leur diffusion ou qui sont tenus secrets dans l'intérêt de la défense nationale et dont la recherche, l'approbation, le détournement, la reproduction, la divulgation ou la destruction constituent des infractions à la sûreté de l'Etat⁵². Malgré ces exclusions visées, tous les marchés relatifs aux besoins de défense et de sécurité nationale n'échappent pas à ladite loi. C'est le cas des marchés publics de travaux, de fournitures et de services concernant le fonctionnement courant de l'administration dans le domaine de la défense, de la sécurité publique et assimilées ne relevant pas du champ d'exclusion mais sont régis par le code des marchés publics su mentionné⁵³. Ces marchés publics conclus par l'autorité contractante doivent avoir pour objet exclusif de répondre à ces besoins en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale. Cette disposition ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu de la présente

⁵⁰ Art.2 du décret n°2018 - 233 du 13 juin 2018 fixant les procédures et modalités de passation des marchés publics relatifs aux besoins de défense et de sécurité nationale exigeant le secret.

⁵¹ Art. 6 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 précitée

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.* voire au besoin l'art. 5 du décret n°2018 - 233 du 13 Juin 2018 précité.

loi⁵⁴. Un décret pris en Conseil des ministres détermine les modalités et les procédures applicables à ces marchés ainsi que leur champ d'application.

En France, Le champ d'application des marchés de défense ou de sécurité était limité, à l'origine, à l'État et ses établissements publics ayant un caractère autre qu'industriel et commercial. Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2018-607 du 13 juillet 2018 relative à la programmation militaire pour les années 2019 à 2025 et portant dispositions intéressant la défense, ce champ a été étendu à l'ensemble des établissements publics de l'État⁵⁵. Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux ne peuvent en revanche pas recourir aux dispositions de ce décret du fait de l'objet des marchés de défense notamment :

- La fourniture d'équipements, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous-assemblages, qui sont destinés à être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre, qu'ils aient été spécifiquement conçus à des fins militaires ou qu'ils aient été initialement conçus pour une utilisation civile puis adaptés à des fins militaires⁵⁶ ;
- La fourniture d'équipements destinés à la sécurité, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous-assemblages, et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale⁵⁷ ;
- Des travaux, fournitures et services directement liés à un équipement visé ci-dessus, y compris la fourniture d'outillages, de moyens d'essais ou de soutien spécifique, pour tout ou partie du cycle de vie de l'équipement⁵⁸ ;
- Des travaux et services ayant des fins spécifiquement militaires ou des travaux et services destinés à la sécurité et qui font intervenir, nécessitent ou comportent

⁵⁴ Art.23 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 précitée

⁵⁵https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/champs-application/marches-defense-securite-2020.pdf consulté le 22 mars 2020 à 19h33 Voir au besoin, l'article L. 1113-1 du code de la commande publique française, consulté sur le site précité.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Le cycle de vie de l'équipement s'entend comme l'ensemble des états successifs qu'il peut connaître, notamment la recherche et développement, le développement industriel, la production, la réparation, la modernisation, la modification, l'entretien, la logistique, la formation, les essais, le retrait, le démantèlement et l'élimination. Voir https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/champs-application/marches-defense-securite-2020.pdf consulté le 22 mars 2020 à 19h33

des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale⁵⁹.

B- Les autres cas d'exclusion légales

Le nouveau code des marchés publics ne limite pas les dérogations uniquement aux mesures ci-dessus indiquées encore moins uniquement aux services de défense et de sécurité nationale. Après une lecture minutieuse du cadre réglementaire et du code susmentionné, on peut constater que les mesures concernées s'étendent à des cas spécifiques d'opération d'achat ou d'entités dont l'exclusion est laissée selon la motivation du besoin de tenir compte de la nature de l'achat ou du contexte de l'entité qui font que le respect d'une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable s'avère non efficace⁶⁰. Il en est de même lorsque le respect de la procédure de publicité et de mise en concurrence demeure inutile, impossible ou manifestation contraire aux intérêts de l'autorité contractante⁶¹. Toutefois, ces exceptions doivent être a priori prononcée par décret pris en conseil des ministres dans des cas limités et à condition que les procédures alternatives spécifiques soient jugées plus pertinentes par le conseil des ministres et à même d'assurer plus d'efficacité pour les processus d'achats concernés⁶². Par ailleurs, le cas des missions diplomatiques et consulaires à l'étranger selon lequel celles-ci peuvent faire des acquisitions sans appliquer le Code des marchés publics tels qu'énumérés par la loi n° 2017-04 du 19 octobre 2017 sont de même implicitement rappelés dans la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en son article 3 point c que les dispositions de ladite loi s'appliquent aux marchés passés par les autres organismes, agences ou offices créés par l'Etat ou les entités territoriales décentralisées pour satisfaire des besoins d'intérêt général et dont l'activité est financée majoritairement par l'Etat ou qui bénéficient du concours financier ou de la garantie de l'Etat, d'une collectivité publique ou d'une association formée par ces personnes morales de droit public⁶³. On peut donc considérer que les dispositions du code des marchés

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Art.6.2 la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics précité.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Art. 3 point c) de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics.

publics de 2017 non contraires à celui de 2020 ci-dessus énuméré demeurent en vigueur et par conséquent les missions diplomatiques et consulaires à l'étranger font partir des cas d'exclusion de l'application du code. Au Bénin tout comme en France, les besoins des missions diplomatiques et consulaires à l'étranger dans la commande publique obéissent à un régime spécial distinctes de la procédure classique applicable dans les lois portant codes des marchés publics en vigueur. Si cette procédure dérogeant à la règle classique de passation des marchés n'est pas autant détaillée dans le code, on peut constater par ailleurs que la majorité des besoins des missions diplomatiques et consulaires à l'étranger sont sous l'égide du ministère des affaires étrangères⁶⁴.

Paragraphe 2 : Les services soumis aux procédures dérogatoires

En dehors des structures énoncées ci-dessus, certains services sont également soumis aux procédures dérogeant aux règles régissant les commandes publiques. C'est le cas de plusieurs services énumérés par le code des marchés publics (A) et des dérogations accordées à certaines autorités dans l'exercice de leur fonction leur permettant d'appliquer des procédures spéciales (B).

A- Une pluralité de services

Les dispositions du code des marchés publics ne sont pas applicables à toutes les prestations de service passées par les autorités contractantes. A titre d'exclusion, on peut indiquer notamment les services d'arbitrage, de conciliation, d'assistance et de représentation juridiques ; les services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert des titres ou d'autres instruments financiers, en particulier les opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des autorités contractantes et les services fournis par des banques centrales. C'est également le cas pour les contrats de travail⁶⁵. En effet, sont exclus de l'application dudit code, les services juridiques de représentation légale d'un client par un avocat dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, devant les autorités publiques ou les institutions internationales ou dans le cadre d'un mode alternatif de règlement des conflits⁶⁶ d'une part et les services de

⁶⁴ Marché de conception-réalisation - Restauration des façades du bâtiment de l'Ambassade de France à Athènes

⁶⁵ Art. 3 de la loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 modifiée par la loi n°2020 - 26 du 29 Septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin.

⁶⁶ Nicholas CHARREL *op. cit.* p. 593

consultation juridiques fournis par un avocat en vue de la préparation de certaines procédures ou lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités que la question sur laquelle porte la consultation fera l'objet d'une telle procédure⁶⁷ d'autre part⁶⁸. Par ailleurs, lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services juridiques indiqués ci-dessus et d'autres services, les mesures dérogatoires s'appliquent si les services juridiques mentionnés constituent l'objet principal du marché public et si les différentes parties du marché sont objectivement inséparables⁶⁹. Mais, lorsqu'il n'est pas possible de déterminer l'objet principal du marché public, celui-ci est soumis aux règles applicables aux autres services⁷⁰.

L'une des spécificités du code des marchés publics est la dérogation accordée au service chargé du mobilier national qui peut faire des acquisitions aux enchères publiques sans appliquer les procédures prévues par le Code des marchés publics. Le règlement de ces achats peut avoir lieu sur production du procès-verbal de vente de la personne habilitée à faire les ventes aux enchères⁷¹.

B- Les dérogations accordées aux autorités contractantes

L'article 3 du code des marchés publics de 2020 et l'article 2 du code de 2017 énumèrent chacun les différentes personnes publiques et privées de même que les organismes, agences ou offices auxquelles doit impérativement s'appliquer le code. En effet, les autorités sont dispensées de l'application du code dans certains cas déterminés notamment pour certaines opérations. On peut donc lire dans le code que :

« Sans appliquer le Code des marchés publics, les autorités contractantes peuvent : acquérir les produits pétroliers dénommés super carburant, essence ordinaire et gasoil destinés uniquement à l'usage des véhicules administratifs ainsi que le gaz butane à usage domestique et dont l'acquisition est soumise à l'application du prix officiellement

⁶⁷ *Ibid.* p. 594

⁶⁸ Voir, CE du 17 mars 2017, M. Perez et Ordre des Avocats de Paris, req. n°403768; CE du 09 mars 2016, conseil national des Barreaux, req. n°393589, JCP A 2016 « possibilité d'aller plus loin que les exigences de la directives en matière des marchés publics »

⁶⁹ *Ibidem.*

⁷⁰ *Ibidem.*

⁷¹ Art. 3 de la loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 modifiée par la loi n°2020 - 26 du 29 Septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin.

en vigueur. Elles peuvent de même acquérir des titres de transports aérien, terrestre et maritime pour les besoins des missions de leurs agents ».

Il leur est reconnu sans appliquer le code dans les opérations d'hébergement et de la restauration des participants, dans les établissements hôteliers ou dans les structures ayant une telle vocation, à l'occasion de l'organisation de sommets officiels, de séminaires ou ateliers ; d'assurer par voie de presse la publication d'insertions publicitaires ainsi que les publi-reportages par supports audio-visuels ; d'acquérir en cas de rupture de stocks, les médicaments et produits essentiels utilisés dans la médecine d'urgence et dont la liste est fixée par un arrêté du Ministre de la santé et l'organe en charge de la régulation des marchés publics. Elles peuvent toutefois acquérir les médicaments et produits pharmaceutiques essentiels conformément à l'arrêté du Ministre de la santé fixant les modalités de l'approvisionnement pharmaceutique des services et formations sanitaires⁷². On peut donc constater que le pouvoir des autorités dans ces différents domaines demeure très étendu en vertu du code et semble donc porter obstacle aux principes de la commande publique.

⁷² Art. 3 de la loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 modifiée par la loi n°2020 - 26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin.

CHAPITRE 2 : UNE MISE EN ŒUVRE SUFFISAMMENT ORGANISEE

L'objet de ce chapitre est de présenter les modalités de mise œuvre des mesures dérogatoires dans la commande publique au Bénin. L'application de ces mesures s'effectue par plusieurs modalités de passation des marchés dont notamment par entente directe (**Section 1**) et par plusieurs autres modalités de passation (**Section 2**)

Section 1 : Le marché par entente directe (ou le marché de gré à gré)

La directive N°04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine octroie aux Etats la possibilité de permettre à l'administration publique de disposer d'un éventail de mode de passation des marchés publics. Ainsi à l'instar de la procédure formelle nécessitant un appel d'offre, il est reconnu une procédure raccourcie de passation de marché public qui est le marché public par entente directe entre les parties. Par ailleurs, tout comme la procédure d'appel d'offre, la conclusion d'un marché public par entente directe nécessite le respect de plusieurs conditions (**Paragraphe 1**) qui enclenchent le déroulement de la procédure (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Les conditions de conclusion de marché par entente directe

En vertu de ses spécificités, la conclusion d'un marché public par entente directe nécessite que l'autorité adjudicatrice remplisse des formalités préalables. Au titre de celle-ci, cette dernière doit obtenir l'autorisation de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics (DNCMP) (**A**) ou des services internes chargés des marchés publics de l'administration adjudicatrice (**B**).

A- Les conditions préalables

Dans l'accomplissement de certains marchés publics, la simplification des formalités de passation peut intervenir dès la que la nature des besoins à satisfaire ou les circonstances exigent des assouplissements⁷³. L'article 38 de la Directive de l'UEMOA sus citée dispose que « *le recours à la procédure par entente directe doit être motivé et soumis à*

⁷³ Muhannad AJJUB, *La notion de liberté contractuelle en droit administratif français*, Thèse de Doctorat de l'Université Panthéon-Assas Paris II, mai 2016, p. 309.

l'autorisation préalable de l'entité administrative chargée du contrôle des marchés publics. » Intégré dans l'ordre juridique interne, le Code béninois des marchés publics reprend cette disposition en son article 33 alinéa 3 en octroyant le pouvoir d'autorisation préalable à la Direction Nationale de Contrôle des Marchés publics. Cette disposition considère que tout entrepreneur peut solliciter dans un délai précis une autorisation de la DNCMP afin de participer à un appel d'offre restreint⁷⁴. Cette disposition donne ainsi le pouvoir à la DNCMP d'autoriser la passation de marchés par entente directe en dehors des conditions normales⁷⁵ fixées à l'article 34 alinéa 2 du Code des marchés publics de 2020. Au final, c'est l'article 35 du Code des marchés publics qui reprend précisément la question de l'autorisation préalable de la DNCMP en indiquant qu'en dehors des marchés publics octroyés gré à gré en Conseil des ministres, les autres marchés gré à gré sont autorisés par la DNCMP sur la base d'un rapport spécial établi par la Personne Responsable des Marchés Publics⁷⁶. Par ailleurs, bien que le Conseil des ministres dispose du pouvoir d'autoriser des marchés publics par entente directe, il dispose également du devoir d'informer la DNCMP après la signature du marché⁷⁷. Toutefois, si la DNCMP qui doit donner l'autorisation de participation à l'appel d'offre restreinte dans un délai de 03 jours reste muette, ladite autorisation est réputée être acquise par l'entrepreneur⁷⁸.

Dans sa compétence d'autorisation de la conclusion des marchés publics gré à gré, la DNCMP investie d'une mission de contrôle doit veiller au cours de chaque année budgétaire et auprès de toutes les autorités contractantes, à ce que le montant des marchés publics octroyés par entente directe ne dépasse pas 10% du montant total des marchés publics passés par les autorités contractantes⁷⁹. La DNCMP reste donc une institution investie d'une double mission, celle d'autoriser les marchés publics gré à gré

⁷⁴ Article 33 alinéa 3 de la Loi N° 2020-26 du 29 septembre 2020 portant Code des marchés publics en République du Bénin : « A cet effet, tout entrepreneur, fournisseur, prestataire de service qui dispose des compétences techniques pour exécuter un marché et qui n'a pas été consulté peut solliciter dans les délais requis, une autorisation expresse de la direction nationale du contrôle des marchés publics de participer à l'appel d'offre restreint ».

⁷⁵ Lukas PERICHON, *Les entreprises françaises et la commande publique en Afrique*, Droit, Université Paris Saclay (COMUE), 2019, p. 98.

⁷⁶ Article 35 alinéa 3 du Nouveau Code des Marchés Publics.

⁷⁷ Article 35 alinéa 5

⁷⁸ Article 33 alinéa 4 de la Loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant Code des marchés publics en République du Bénin

⁷⁹ Article 35 alinéa 4 du même code des marchés publics.

et en retour de contrôler les modalités de passation des marchés publics dans leurs globalités.

B- Une délégation de pouvoirs aux services internes et départementaux

Dans l'intention de mettre fin aux infractions liées aux marchés publics dans l'administration, le ministère de l'Economie et des Finances a mis en place au sein de chaque administration de l'Etat et surtout dans les Directions départementales des services de contrôle de passation des marchés publics. En effet, dans le cadre de la mission de la direction nationale de contrôle des marchés publics, il est créé dans chaque département une direction départementale de contrôle des marchés publics (DDCMP). La délégation de pouvoirs est ainsi faite à certains organes dites de contrôle des marchés publics dans les différentes institutions étatiques centrales et départementales. Ces organes de contrôles sont définis par le Code des marchés publics comme étant des Cellules de contrôles des marchés publics (CCMP).

La Cellule de contrôle des marchés publics assure le contrôle a priori de l'ensemble des opérations de passation des marchés publics dont les montants se situent dans la limite de sa compétence, depuis la phase de planification jusqu'à l'attribution du marché. Elle est structurée en fonction des besoins du système de passation des marchés de l'autorité contractante⁸⁰.

L'article 2 de l'Arrêté N°2017-390/MESRS/DC/SGM/DAF/CCMP/SA/033SGG17 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Cellule de Contrôle des Marchés Publics, souligne que la Cellule a la capacité d'accorder à la demande de l'autorité contractante les autorisations et dérogations nécessaires lors de la réalisation d'un marché public. Cette disposition rappelle que la Cellule qui constitue un démembrement de la DNCMP a l'aptitude qu'il faut pour répondre au nom de la DNCMP lorsqu'elle autorise les dérogations aux procédures formelles de conclusion d'un marché. Par contre l'article 2 du Décret N°2018-225 du 13 juin 2018 portant attributions, organisation et fonctionnement des cellules de contrôle des marchés publics

⁸⁰ Voir « Cellule de Contrôle des Marchés Publics », Ministère de la Justice et de la Législation, en ligne, <https://justiceetlegislation.bj/le-ministere/personnes-et-services-rattachees-au-garde-des-sceaux/cellule-de-contrôle-des-marchés-publics.html>; consulté le 15 avril 2021 à 15h 20.
Voir également Article 15 alinéa 2 du Code des marchés publics.

en République du Bénin, ne reprenant pas cette disposition fait mention uniquement que la CCMP a la charge de « *procéder à la validation du plan de passation des marchés de l'autorité contractante avant sa publication et ce, quel que soit le montant du marché ou le budget afférent* ». Ce qui signifie que la fonction d'autoriser les marchés par entente directe consacrée par l'arrêté est réduite dans le décret à une simple validation et par ricochet sous réserve d'autorisation de la DNCMP. La délégation de pouvoir aux services internes et départementaux est limitée aux pouvoirs de contrôle et non d'autorisation de passation des marchés gré à gré qui nécessite une procédure donnée à suivre.

Paragraphe 2 : Le déroulement de la procédure négociée

Une procédure négociée est une procédure par laquelle la personne publique choisit le titulaire du marché après consultation de candidats et négociation des conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux⁸¹. Tout comme les appels d'offre ouvert, la procédure négociée sans publicité ni appel à concurrence préalable (B) se fait selon plusieurs étapes constituant le déroulement de la procédure (A).

A- Le déroulement et la conduite des procédures

La procédure de gré à gré est celle dans laquelle l'adjudicateur adjuge directement un marché à un soumissionnaire sans procéder à un appel d'offres. Considérée comme une procédure formalisée dérogatoire à l'appel d'offres, la procédure négociée apparaît dans le Code des marchés publics béninois comme étant un moyen pour l'administration adjudicataire de restreindre le nombre de candidats avec lesquels elle passera le marché public. Bien que l'on soit dans un marché de gré à gré, la réalisation de celui-ci nécessite que l'administration contractante respecte une procédure donnée.

La première étape dans la réalisation d'un marché public gré à gré est la détermination des besoins à satisfaire. Avant l'entame de toute procédure de négociation par entente directe, l'autorité contractante doit déterminer avec précisions la nature et l'étendue des besoins. Partant de ce postulat, les marchés publics conclus par l'autorité contractante

⁸¹ Voir « Procédure négociée », <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/ProcEDURE-negociee.htm> consulté le 15 avril 2021 à 15h 48.

doivent avoir pour objet exclusif de répondre à ces besoins⁸². Cette définition de la nature et de l'étendue des besoins doit répondre à un impératif de précision car le juge administratif français, par exemple, a eu l'occasion de sanctionner l'insuffisance constatée dans la définition des besoins⁸³.

Après la phase de détermination du besoin, la phase suivante est relative au respect d'un principe de précaution qui voudrait que l'acheteur vérifie que l'achat se situe réellement en dessous du seuil des procédures formelles. La seconde phase est d'assurer un minimum de traçabilité de l'acte d'achat, afin de se prémunir contre le délit de favoritisme. L'acheteur doit pouvoir expliciter, lors d'un contrôle éventuel, pourquoi il a acheté auprès de tel ou tel fournisseur et apporter la preuve que son achat relève, comme le martèle le député Warsmann, « d'une gestion en bon père de famille » et non d'un favoritisme quelconque⁸⁴.

En tout état de cause, ne respectant pas les étapes administratives de passation des marchés publics, il importe pour plus d'efficacité dans le processus d'acquisition des biens et services, de dresser au préalable, la procédure gré à gré nécessite un plan de passation de marchés de fournitures et travaux (PPM) et un tableau de sélection de consultants (TSC), pour le cas des prestations intellectuelles⁸⁵. Ainsi, après autorisation par la DNCMP de procéder à un marché public gré à gré, l'autorité contractante, le Maître d'ouvrage délégué ou le Maître d'œuvre, procède à la mise au point du projet de marché en vue de sa signature⁸⁶. Il est à rappeler que la procédure gré à gré des marchés publics peut se faire avec ou sans publicité ni mise en concurrence préalable.

⁸² Article 23 du Code des marchés publics.

⁸³ CE 29 juillet 1998 Commune de Léognan, n° 190452, CE 15 décembre 2008, Communauté urbaine de Dunkerque, n° 310380

⁸⁴ Voir « Comment préparer et passer le marché de gré à gré ? Quelles sont ses grandes étapes ? », mis en ligne le 17 février 2018, <https://commande-publique.legibase.fr/actualites/forum-des-lecteurs/comment-preparer-et-passer-le-marche-de-gre-gre-88952> consulté le 12 mai 2021 à 17h 15..

⁸⁵ Voir « Procédures de passation des marchés », en ligne, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjTkbbtxs3wAhXIZc0KHavtBicQFjAHegQICBAD&url=https%3A%2F%2Fcir-burkina.org%2Fwp-content%2Fuploads%2F2018%2F11%2FModule_E_Procedures_d_achat_des_biens_et_services_final.pdf&usg=AOvVaw17aDHRxknP-1wA1M1-iHgd

⁸⁶ Martial GNAHORE, *La gestion des marchés publics en Côte d'Ivoire : contraintes juridiques et réalités sociologiques*, Université de Strasbourg, Ecole nationale d'administration, 2015-2016, p. 65.

B- Une procédure avec ou sans publicité et mise en concurrence préalable

A priori, un marché public est soumis à des principes fixés par la législation : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats, transparence et a pour conséquence qu'un acheteur public doit se conformer à différentes procédures déterminées en fonction de la valeur estimée de la commande et de la nature du marché⁸⁷. *A contrario*, les autres procédures sont toutes soumises à des conditions à savoir : l'objet, le montant ou les caractéristiques du marché, la complexité ou l'urgence du projet. Par ailleurs, dans le cadre d'un marché public par entente directe, la phase de négociation peut avoir lieu ultérieurement, au moment de la sélection du lauréat qui sera attributaire du marché de services⁸⁸. Cependant, en fonction des besoins et des caractéristiques du marché, l'appel d'offre peut se faire sous une procédure sans publicité ni mise en concurrence. Si les premières dispositions législatives relatives à la passation des marchés publics affirment déjà le principe de mise en concurrence, la procédure avec ou sans publicité permet de limiter la participation d'une catégorie d'opérateur économique au marché public. C'est pour cela certains auteurs tels que Lawrence DURVIAUX considèrent que « De toutes les procédures de passation des marchés et autres contrats publics, la procédure négociée, naguère appelée gré à gré, est celle qui a été le plus souvent critiquée. »⁸⁹

Les marchés gré à gré peuvent être octroyés dans deux conditions notamment avec publicité et mise en concurrence et la seconde sans publicité et sans mise en concurrence. De l'article 33 du Code des marchés publics en vigueur au Bénin, il est à noter que les marchés publics restreints peuvent être publiés à travers un avis en début d'année dans le cadre du lancement des procédures d'appels d'offres pour des marchés publics déterminés. Ce qui justifie que même dans une procédure de marché public par entente directe, celle-ci peut faire objet de publication. Dans une procédure contraire et au regard

⁸⁷ République française, « Procédures de marchés publics », Bulletin Officiel des Annonces des Marchés Publics, juillet 2016, en ligne, <https://www.boamp.fr/Espace-entreprises/Comment-repondre-a-un-marche-public/Questions-de-reglementation/Avant-de-repondre-a-un-marche-public/Procedures-de-marches-publics>

⁸⁸ Victoria FROMAGEAT, *La place de la négociation dans les marchés publics*, Université de Montpellier I, Master II Contrats Publics & Partenariats 2010/2011, p. 10

⁸⁹ Lawrence DURVIAUX, « La procédure négociée : spécificités, opportunités et contraintes », (Bruxelles) sur invitation de l'Université catholique de Louvain, 6 mai 2010, p. 1

de l'urgence, de la nature et surtout des circonstances, la procédure peut se faire sans publicité ni concurrence. L'article 34 du Code des marchés publics dispose qu'« un marché public est dit gré à gré lorsqu'il est passé sans appel d'offres... »⁹⁰ Le non recours à l'appel d'offres signifie que l'administration souhaite ne pas se lancer dans une procédure de publicité et de mise en concurrence.

Section 2 : Les autres procédures dérogatoires applicables

Le recours au marché public par entente directe permet à l'acheteur s'il le souhaite de se passer des règles de publicité et de mise en concurrence. Malgré cette liberté laissée à l'acheteur, celui-ci est dans l'obligation d'utiliser rationnellement les deniers publics. A cet effet, la procédure de sollicitation du prix (**Paragraphe 1**) reste un moyen concret permettant d'avoir une certitude sur le prix du marché malgré l'étendue des procédures dérogatoires ou l'appel d'offre restreint (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La procédure de sollicitation de prix

L'article 2 du Décret N°2018-227 du 13 juin 2018 fixant les règles et modalités de mise en œuvre des procédures de sollicitation des prix définit la procédure de sollicitation des prix comme étant « *une procédure simplifiée de passation des marchés publics en dessous des seuils nationaux de passation des marchés publics et supérieurs ou égal à 2.000.000 de FCFA* ». Cette procédure de sollicitation de prix prend en compte la demande de renseignement et de prix (A) et la demande de cotation (B).

A- La demande de renseignement et de prix

La demande de renseignement et de prix est un document préparé par l'autorité contractuelle dans le cadre de la sélection des consultants ou des entreprises voulant contracter avec l'administration. Toutefois, d'après l'article 3 paragraphe 1 du décret, la procédure de demande de renseignement et de prix s'applique aux marchés dont les montants prévisionnels hors taxes sont inférieurs aux seuils de passation des marchés publics et supérieur ou égal à 10.000.000.

⁹⁰ Article 34 de la Loi N°2020-26 du 29 septembre 2020 portant Code des marchés publics en République du Bénin.

Il est de principe que chaque marché à passer doit faire l'objet de la publication d'un avis d'appel d'offres, qui sera inséré dans un journal de large diffusion nationale du pays ou par affichage et en plus sur un site web du projet. Une liste de retrait des dossiers d'appel d'offres mentionnant les noms et contacts des soumissionnaires doit être tenue. Chaque retrait de dossier doit faire l'objet de décharge sur la liste. Le délai imparti pour la préparation et la remise des offres doit être fixé compte tenu de l'envergure et de la complexité du marché. En règle générale, pour une DRP, il convient de prévoir au moins quinze (15) jours à compter de la dernière date de publication de l'avis d'appel d'offres.

B- La demande de cotation

Pour toute procédure de marché public, l'acheteur doit veiller à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin⁹¹. Pour avoir la possibilité de faire un choix parmi une multitude la personne publique peut passer par une demande de cotation. De façon générale, une demande de cotation est l'acte par lequel une entreprise qui a un projet d'exportation, demande auprès d'un transporteur, ou d'un transitaire le coût global du projet. Dans le cadre des marchés publics, le dossier de demande de cotation décrit les fournitures faisant l'objet du marché, fixe les procédures de la consultation et stipule les conditions du marché⁹².

La Procédure de demande de Cotation (DC) consiste à comparer les cotations obtenues d'au moins trois fournisseurs (dans le cas de biens ou de services, autres que les services de consultants) ou d'au moins trois entrepreneurs (dans le cas de travaux de génie civil) conformément au dossier de Demande de Cotation Type⁹³. Cette demande de cotation doit se faire dans un délai déterminé. Selon le manuel de procédure défini par l'Université d'Abomey-Calavi, le délai imparti pour la préparation et la remise des offres doit être fixé compte tenu de l'envergure et de la complexité du marché. En règle

⁹¹ Voir « Prestation de service : faut-il exiger trois devis pour un achat de 10 000 € ? », in Weka.fr, <https://www.weka.fr/actualite/mapa/article/prestation-de-service-faut-il-exiger-trois-devis-pour-un-achat-de-10000-euros-118783/> consulté le 18 mai 2021 à 09h 24.

⁹² République Islamique de Mauritanie, « Dossier type de demande de cotation : « Instructions aux fournisseurs », MIDEDEC-DGCT, p. 3.

⁹³ Voir « Manuel de procédures de passation des marchés », Université d'Abomey-Calavi, p. 19.

générale, pour une DC, il convient de prévoir au moins cinq (5) jours à compter de la dernière date de publication de l'avis d'appel d'offres⁹⁴. Selon le Code de la CEDEAO, la demande doit contenir un énoncé clair des exigences de l'entité contractante concernant la qualité, la quantité, les modalités et le délai de livraison, les modalités et le calendrier des paiements, les dispositions sur la validité de la cotation, ainsi que d'autres exigences particulières et éléments devant être inclus dans le prix proposé⁹⁵.

Plusieurs entités publiques ou parapubliques font régulièrement recours à la demande de cotation dans la sollicitation des offres. La participation à cette Demande de Cotation telle que définie dans le Code des Marchés Publics en vigueur en République du Bénin concerne tous les candidats éligibles et remplissant les conditions définies dans la Demande de Cotation. Toutefois, il est difficile de conclure que dans le cadre des marchés publics gré à gré que les entités adjudicatrices fassent recours à ladite procédure au regard de l'urgence qui caractérise le recours à cette procédure et au regard des intérêts des parties.

Paragraphe 2 : L'étendue des procédures dérogatoires ou l'appel d'offre restreint

D'après André MAURIN, « la passation d'un marché public obéit à des règles de procédures de publicité qui dépendent du montant, de la nature du marché et du type d'acheteur public. »⁹⁶ Cependant, la démarche à suivre lors de la passation d'un marché public est assujettie au type de marché conditionné également par le seuil de dispense des procédures (A). Les marchés publics relatifs à la sécurité et à la défense (B) sont quant à eux classés dans une catégorie particulière nécessitant une procédure particulière.

A- Le seuil de dispense des procédures de passation des marchés publics

Dans l'objectif de faciliter la conclusion de marchés publics et l'accès de certaines entreprises à ces derniers, les pouvoirs publics ont relevé un seuil en dessous duquel une personne publique peut passer un marché public sans avoir l'obligation de respecter la procédure habituelle, c'est-à-dire sans procéder à une publicité ni à une mise en

⁹⁴ *Ibid.* p. 20

⁹⁵ Commission de la CEDEAO, *Code des marchés de la CEDEAO*, p. 22

⁹⁶ André MAURIN, *Droit administratif, Aide-mémoire*, Paris, Dalloz, 11^{ème} Edition, p. 100

concurrence préalables⁹⁷. En effets, les seuils de procédure diffèrent en fonction de la nature du besoin, du prix estimé de l'acheteur public⁹⁸. En France, d'après le Sénat français, le seuil de dispense constitue une mesure, qui dispense les procédures de publicité et de mise en concurrence, qui a été particulièrement appréciée des collectivités territoriales et surtout des communes et des entreprises qui sont sensibles à la nécessité de pouvoir contracter rapidement des marchés⁹⁹. Le seuil de dispense de procédure permet donc aux personnes publiques de passer des marchés publics de faible importance à travers des procédures non formelles et dispensées de mise en concurrence. Selon la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin, le seuil de passation est un « *montant prévisionnels hors taxes fixés par voie réglementaire à partir desquels, tout marché public est soumis aux procédures fixées par la présente loi en dehors des procédures de sollicitation de prix et du régime du seuil de dispense* »¹⁰⁰. Cependant, les seuils de dispense s'appliquent aux opérations d'achats dont les montants prévisionnels hors taxes sont inférieurs ou égaux au seuil de dispense.

B- La procédure applicable aux marchés de défense ou de sécurité et à l'appel d'offre restreint

Au regard de leur nature et de leur objet, les marchés publics de défense et de sécurité sont considérés comme étant des marchés particuliers. De ce fait, ces marchés sont traités avec prudence pour des raisons d'intérêt national¹⁰¹. En effet, ce régime spécifique aux marchés publics de défense et de sécurité met en œuvre des procédures adaptées permettant aux Etats de contourner la procédure formelle. L'article 6 du Code des marchés publics de 2020 définit clairement que les marchés publics relatifs au besoin

⁹⁷Christophe PITAUX, « L'accès aux marchés publics est facilité ! », in : les Echos entrepreneurs, mis en ligne le 12 janvier 2021, <https://business.lesechos.fr/entrepreneurs/juridique/16944553-1-acces-aux-marches-publics-est-facilite-341523.php> consulté le 10 mai 2021 à 14h 21.

⁹⁸ *Ibid*, p. 100

⁹⁹Voir Sénat français, « Seuil de dispense des procédures de marchés publics », 15^e législature, en ligne, <https://www.senat.fr/questions/base/2021/qSEQ21011486S.html> consulté le 10 mai 2021

¹⁰⁰ Voir article 1^{er} de la Loi

¹⁰¹ Voir « Marchés publics de défense et de sécurité : qu'est-ce que c'est ? », Le portail des marchés publics pour les PME, mis en ligne le 13 janvier 2019, http://www.marchespublicspme.com/avant-la-reponse/lexique-des-termes-de-marches-publics/actualites/2019/01/13/marches-publics-de-defense-et-de-securite-qu-est-ce-que-c-est_14251.html consulté le 11 mai 2021 à 11h 03.

de défense et de sécurité entrent dans le champ des marchés exclus de la procédure formelle¹⁰². C'est dans cette perspective que Thierry KIRAT estime que les marchés dont l'objet concerne « les besoins exclusifs de la défense » et mettent en cause « les intérêts essentiels de l'Etat » peuvent être passés selon une procédure négociée avec ou sans publicité préalable, et avec ou sans mise en concurrence¹⁰³. Ce type de marchés est caractérisé par la confidentialité et le secret qui sont utilisés pour protéger les intérêts des Etats et garantir leur sécurité. Cependant, le secret permet donc de recourir à des règles de passation dérogatoires au droit de la commande publique conditionnant parfois, d'exclure l'application des règles du Code des marchés publics¹⁰⁴.

L'article 2 du Décret n°2018-233 du 13 juin 2018 fixant les procédures et modalités de passation des marchés publics relatifs aux besoins de défense et de sécurité nationale exigeant le secret en vigueur en République du Bénin dispose que « *la passation des marchés publics de travaux, de fournitures, de services ou de prestations intellectuelles visées à l'article 1^{er} du présent décret, échappe aux mesures de publicités prévues par le Code des marchés publics en raison de l'exigence du décret qui les caractérise ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat est incompatible avec des mesures de publicité.* » Dans le respect de cette disposition, le même décret souligne en son article 7 que les marchés publics qui exigent le secret de la part de l'administration publique doivent être effectués dans un cadre réduit à travers un appel d'offre restreint sans publicité mais après l'autorisation de la DNCMP¹⁰⁵.

¹⁰² Article 6 alinéa 1 : « - aux besoins de défense et de sécurité nationale exigeant le secret ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat est incompatible avec des mesures de publicité. Constituent des besoins exigeant le secret ou pour lesquels la protection des intérêts de l'Etat est incompatible avec les mesures de publicité. Les renseignements, procédés ; objets, documents, données informatiques ou fichiers intéressant la défense, la sécurité publique et assimilées qui ont fait l'objet de mesures de protection destinées à restreindre leur diffusion ou qui sont tenus secrets dans l'intérêt de la défense nationale et dont la recherche, l'appropriation, le détournement, la reproduction. La divulgation ou la destruction constituent des infractions à la sûreté de l'Etat. Ne relèvent pas du champ d'exclusion, tous les marchés publics de travaux, de fournitures et de services concernant le fonctionnement courant de l'administration dans le domaine de la défense, de la sécurité publique et assimilées. Un décret pris en Conseil des ministres détermine les modalités et les procédures applicables à ces marchés ainsi que le champ d'application ».

¹⁰³ Thierry KIRAT, « Réflexion sur les marchés publics de la défense », *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Michel GUIBAL*, 2005, p. 3.

¹⁰⁴ Voir « La confidentialité et le secret dans les marchés publics de défense et de sécurité », en ligne, <https://theoreme.uphf.fr/notice/view/uvhc-ori-oai-wf-1-1905?lightbox=true>

¹⁰⁵ Article 7 du Décret : « La passation des marchés exigeant le secret ou pour lesquels la protection des intérêts de l'Etat est incompatible avec les mesures de publicité s'effectue par la procédure d'appel d'offres restreint national ou international sans publicité et après autorisation de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés publics. »

Par ailleurs, bien que les textes législatifs et réglementaires autorisent les personnes publiques à recourir à la procédure par entente directe dans le cadre de ce type de marché, le décret met aussitôt une limite au pouvoir de ces personnes. En effet, le décret en son article 9 alinéa 2 rappelle que le recours à la procédure par entente directe entre les parties dans le cadre des marchés publics de la défense ou de sécurité doit être motivé à travers un rapport spécial justifiant les motifs de recours à ce type de marché. Ce rapport doit être soumis à la DNCMP pour autorisation par celle-ci¹⁰⁶. Dans l'affaire CE 4 février 2021 *Ministre des Armées c/ Société OSR*, req. n° 445396, la direction du commissariat d'outre-mer des forces armées dans la zone sud de l'Océan indien (FAZSOI) a lancé une procédure d'appel d'offres restreint en vue de la passation d'un marché sans allotissement, d'une durée d'un an tacitement renouvelable trois fois, pour des prestations de gardiennage, d'accueil et de filtrage de trois sites militaires situés sur l'île de la Réunion. Cet appel d'offre restreint a été annulé par le juge des référés du tribunal administratif de la Réunion qui considère que la décision d'attribution ainsi que la procédure de passation du marché auraient dû faire l'objet d'un allotissement et que les intérêts de la société OSR qui avait candidaté avaient en conséquence été lésés¹⁰⁷. En somme, pour raison d'intérêt national, l'Etat dispose d'un justificatif sérieux pour contourner la procédure formalisée de conclusion des marchés publics.

¹⁰⁶ Article 9 alinéa 2 : « Le choix de la procédure de gré à gré doit être motivé à travers un rapport spécial justifiant les raisons de recours à ce mode et soumis à la Direction nationale de Contrôle des Marchés Publics pour autorisation... »

¹⁰⁷ Affaire CE du 4 février 2021 *Ministre des Armées c/ Société OSR*, req. n° 445396.

PARTIE 2 : UN MECANISME DISCUTABLE

La procédure par entente directe ou dérogatoire est difficile à contrôler. Les acteurs de la chaîne de passation n'y parviennent à mener un contrôle digne du nom. Tout ceci est possible grâce à la non maîtrise des prix desdits marchés d'où **la complexité du mécanisme** (Chapitre I) en la matière.

Par ailleurs la mise en œuvre de cette procédure dérogatoire génèrent des difficultés auxquelles il est nécessaire d'en faire ressortir.

Toutefois il est impérieux qu'une réforme s'opère pour rendre **perfectible le mécanisme** (Chapitre II) de passation desdits marchés en République du Bénin.

CHAPITRE 1 : LA COMPLEXITÉ DU MECANISME

L'article 38 de la Directive N°04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine stipule que « *le marché par entente directe ne peut être passé qu'avec des entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services qui acceptent de se soumettre à un contrôle des prix spécifiques durant l'exécution des prestations.* » Cette disposition du droit de l'Union sur les marchés publics rappelle l'importance du contrôle dans le processus de passation et d'exécution des marchés que l'on soit ou pas dans une procédure de marché gré à gré. Mais la complexité du système dans un marché public octroyer dans une procédure dérogatoire réside d'une part dans l'absence de contrôle (**Section 1**) et d'autre part dans la non-maîtrise des prix par les parties (**Section 2**).

Section 1 : Du fait de l'absence de contrôle

Pour garantir une gestion efficace de la commande publique et assurer l'effectivité de la concurrence entre les candidats, plusieurs principes ont été établis dans le code des marchés publics à savoir la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures¹⁰⁸. Le respect de ses principes dans la procédure de la commande publique nécessite un contrôle de la part des organes mis en place à cet effet. La problématique qui se soulève ici est relative à l'effectivité du contrôle dans une procédure de marché public gré à gré. A priori, dans les marchés publics les contrôles notamment administratifs sont basés sur des seuils (**Paragraphe 1**) avant un recours devant le juge (**Paragraphe 2**) pour contrôle.

Paragraphe 1 : Des contrôles basés sur des seuils

Pour garantir la sécurité juridique des marchés et la qualité de l'achat public le code des marchés publics prévoit un système de contrôle des opérations de passation des marchés

¹⁰⁸ Voir « Quels sont les principes du contrôle des marchés publics ? », in : Le Portail des Marchés Publics pour les PME, en ligne, novembre 2018, http://www.marchespublicspme.com/avant-la-reponse/le-code-des-marches-publics/actualites/2018/11/28/quels-sont-les-principes-du-contrôle-des-marchés-publics_14128.html consulté le 17 mars 2021

publics en fonction du seuil. Le contrôle des différents organes prévus par le Code des marchés publics s'opère donc en fonction des seuils définis par le Décret N°2018-232 du 13 juin 2018 fixant les seuils de passation, de sollicitation de prix, de dispense, de contrôle et d'approbation des marchés publics en République du Bénin. Ceci dit le contrôle des marchés est relatif (A) au regard de l'autorité approbatrice du marché (B).

A- La relativité du contrôle

La mise en place de systèmes de contrôle et de recours en matière de marchés publics a pour objectif de favoriser l'application pratique de l'abondante législation relative aux marchés publics¹⁰⁹. Le droit béninois des marchés publics établit une pluralité d'organes administratifs qui sont chargés de contrôler la légalité des modes de passation des marchés publics. Ces organes sont investis chacun d'une compétence de contrôle des marchés publics au regard du seuil de ces marchés. Au titre de ces organes nous avons la DNCMP, la Cellule de Contrôle des Marchés Publics (CCMP) et l'ARMP. Chaque organe dispose d'une compétence définie en matière de marché public. Placé sous l'autorité du Ministère de l'Economie et des Finances, « *la direction nationale de contrôle des marchés publics est chargée de contrôler : - a priori, la procédure de passation des marchés publics d'un montant égal ou supérieur à un seuil fixé par décret pris en Conseil des ministres ; - a posteriori, les procédures de passation en dessous dudit seuil, ainsi que les modalités d'exécution des marchés ; le contrôle a posteriori n'est exécuté que pour autant que l'autorité de régulation des marchés publics n'a pas encore été saisie d'une dénonciation ou d'une plainte liée à des irrégularités commises à l'occasion d'une procédure de passation ou d'exécution d'un marché* »¹¹⁰. A ce titre la DNCMP est le seul organe capable d'apporter les autorisations nécessaires aux éventuelles dérogations aux règles formelles de passation des marchés publics. L'article 2 du décret N°2018- 224 du 13 juin 2018 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Direction nationale de contrôle des marchés publics dispose que « *La Direction nationale de contrôle des marchés publics effectue un contrôle a priori sur la procédure de passation des marchés publics d'un montant supérieur ou égal aux*

¹⁰⁹ OCDE, *Système de contrôle et de recours en matière de marchés publics dans l'Union européenne*, Documents SIGMA No. 41, p. 12

¹¹⁰ Article 14 alinéa 2 du Code

seuils marquant la limite de compétence des cellules de contrôle des marchés publics ». Mais il est constaté que la DNCMP qui est chargé aujourd'hui d'autoriser les marchés publics gré à gré a la capacité de contrôler le déroulement de la passation desdits marchés. A la limite de ses compétences la CCMP s'occupe de contrôler la légalité des autres types de marchés effectués.

En effets, en dehors de la DNCMP, le contrôle des opérations de passation des marchés publics peut être effectué par la CCMP qui est un organe créé auprès de chaque autorité contractante chargé de contrôler l'ensemble des opérations de passation de marchés dont les montants sont dans la limite de compétence de la cellule de contrôle des marchés publics, depuis la phase de planification jusqu'à l'attribution du marché, est soumis à l'avis conforme de ladite cellule¹¹¹.

B- Une approbation par délégation de pouvoir

L'approbation constitue un acte par lequel l'autorité compétente valide la décision d'attribution du marché ou de la délégation de service public prise par l'autorité contractante postérieurement à l'avis favorable de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics. Le droit béninois des marchés publics met en place une kyrielle d'autorités approbatrices des marchés publics en fonction du seuil du marché à conclure par l'autorité contractante. Par ailleurs, l'autorité d'approbation exerce un contrôle d'opportunité en appréciant l'utilité du marché et sa concordance avec la politique du ministère dans la matière ou que la désignation des personnes qui font partie de la commission ne sont pas compétentes pour connaître de la nature du marché passé¹¹².

L'article 22 point 1 du nouveau Code des marchés publics dispose que *« tous les marchés publics, qui relèvent du seuil de compétence de contrôle a priori de la direction nationale de contrôle des marchés publics à l'exception des marchés des communes et des personnes morales de droit privé assujetties, sont approuvés par le ministre chargé des finances »*. Le Ministre des Finances reste donc la première autorité approbatrice

¹¹¹ Article 15 alinéa 2 du code.

¹¹² Mohamed Abdelmouhcine HANINE, *La procédure de passation des marchés publics au Maroc : Etude analytique et réflexions à la lumière du code français des marchés publics (et des directives européennes) et des directives de la Banque Mondiale*, Mémoire de recherche pour l'obtention du Diplôme du Master en Administration Publique session 2007/2008, p. 34.

des marchés publics passés par les autorités contractantes avant que le marché ne soit définitif. Le ministre des finances autorise donc les marchés qui sont conclus par les institutions rattachées à l'Etat central. Toutefois, les marchés publics qui ne relèvent pas du seuil de compétence de la DNCMP mais plutôt de la CCMP sont approuvés par les ministres concernés par le marché public¹¹³. Les marchés publics conclus par les collectivités territoriales sont quant à eux approuvés par le Maire¹¹⁴.

Mais dans la mesure du possible, les autorités approbatrices définies par l'article 22 dudit Code peuvent déléguer leur pouvoir en matière d'approbation des marchés publics dans des conditions qu'elles fixent par arrêté ou décision. L'approbation est précédée d'un examen juridique et technique préalable. Cet examen est assuré par l'organe de contrôle des marchés publics compétent.

Dès lors qu'il y a délégation de pouvoir pour approbation, le contrôle qui sera effectué portera alors sur un contrôle de régularité c'est-à-dire que le marché respecte les dispositions législatives et réglementaires régissant les marchés publics depuis le choix de la procédure jusqu'au choix du titulaire du marché¹¹⁵. Si la procédure n'est pas respectée une partie lésée peut alors recourir au juge.

Paragraphe 2 : Le recours devant le juge

Une entreprise dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue lors d'une consultation lancée par un organisme adjudicateur soumis au Code des marchés publics peut, en général selon la nature du contrat, saisir le juge administratif ou le juge judiciaire pour contester son éviction¹¹⁶. Le Code des marchés publics béninois reconnaît donc aux entreprises ou aux soumissionnaires la possibilité de porter tout recours soit devant le juge administratif (A) soit devant le juge judiciaire (B).

¹¹³ Article 22 point 3 du Code.

¹¹⁴ Article 22 point 2 du Code.

¹¹⁵ Mohamed Abdelmouhcine HANINE, *La procédure de passation des marchés publics au Maroc : Etude analytique et réflexions à la lumière du code français des marchés publics (et des directives européennes) et des directives de la Banque Mondiale*, op cit, p. 34.

¹¹⁶ François TENAILLEAU, Thomas CARENZI, « Entreprises : identifier un marché public et connaître le juge compétent », L'Explicite, <https://www.lexplicite.fr/entreprises-identifier-un-marche-public-et-connaître-le-juge-competent/> consulté le 17 mai 2021.

A- Le recours devant le juge administratif

Les marchés publics génèrent des intérêts colossaux et représentent une source de revenus de premier choix pour les entreprises et dont les contentieux peuvent geler la bonne marche des procédures de passation ou l'exécution même de la commande publique¹¹⁷. D'après le Conseil d'Etat français, « *le contentieux de la commande publique devant le juge administratif vise à assurer une meilleure conciliation entre, d'une part, la protection du principe de légalité, qui régit l'action administrative et qui implique, en la matière, notamment, le respect de la liberté d'accès à la commande publique, de l'égalité de traitement des candidats et de la transparence des procédures, et d'autre part, l'objectif de stabilité des relations contractuelles.* »¹¹⁸ Si l'on admet que les contrats passés par les personnes publiques sur son fondement sont administratifs il est conféré l'essentiel du contentieux des marchés publics au juge administratif. C'est dans cette perspective que le Code des marchés publics établi en son article 116 que « *Les candidats et soumissionnaires peuvent introduire un recours devant la personne responsable des marchés publics ou son supérieur hiérarchique dans le cadre des procédures de passation des marchés à l'encontre des actes et décisions de cette dernière leur créant un préjudice* ». Ce recours est considéré comme étant un recours préalable à la saisine du juge administratif. L'alinéa 3 de ladite disposition précise que « *ce recours peut porter sur la décision d'attribuer ou de ne pas attribuer le marché, les conditions de publication des avis, les règles relatives à la participation des candidats et aux capacités et garanties exigées, le mode de passation et la procédure de sélection retenus, la conformité, des documents d'appel à concurrence à la réglementation, les spécifications techniques retenues, les critères d'évaluation et la décision d'arrêt de la procédure* ». La décision de procéder par une procédure de gré à gré pour octroyer un marché public peut donc faire objet de contestation devant l'autorité administrative compétente. Se trouvant au cœur du contrôle de la légalité des actes, le juge administratif

¹¹⁷ Cf « Les compétences du juge administratif dans les marchés publics », le Portail des Marchés Publics pour les PME, en ligne, http://www.marchespublicspme.com/apres-la-reponse/recours-et-contentieux-dans-les-marches-publics/actualites/2018/07/14/les-competences-du-juge-administratif-dans-les-marches-publics_13758.html

¹¹⁸ Conseil d'Etat, « Le juge administratif et la commande publique », Dossier thématique, mai 2019, en ligne, <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/dossiers-thematiques/le-juge-administratif-et-la-commande-publique>

intervient le plus souvent dans un recours pour excès de pouvoir où il est amené à opérer un contrôle soit sur la régularité formelle des actes soit sur la validité juridique des actes.

La compétence du juge administratif dans le cadre du contentieux des marchés publics au Bénin est coïncée dans l'article 120 du Code des marchés publics qui considère que « *les parties peuvent choisir le recours aux juridictions administratives compétentes* » pour régler les litiges qui les oppose. Une fois saisi, principalement dans un recours pour excès de pouvoir¹¹⁹, le juge administratif procède à un contrôle minutieux de l'acte administratif. Ce qui lui permet de retirer cet acte s'il ne respecte pas la réglementation en vigueur.

Ce contrôle effectué par le juge administratif permet d'empêcher la régularité des marchés publics octroyés sous fond de favoritisme grâce à des procédures gré à gré et qui ne respectent pas la procédure recommandée par le Code en la matière. Dans sa fonction de garant de légalité des actes administratifs, le juge administratif est soutenu par le juge judiciaire qui va au-delà du contrôle et de l'annulation des actes mais qui intervient pour réprimer les éventuelles violations du droit des marchés publics en vigueur.

B- Le recours devant le juge judiciaire

Les marchés publics passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs. Dès lors qu'un contentieux survient, il doit être réglé par le juge administratif. Toutefois, le code des marchés publics ouvre un boulevard à l'intervention du juge judiciaire pour connaître des questions qui relèvent de sa compétence. Catherine PREBISSY-SCHNALL considère que la pénalisation du droit de la commande publique se retrouve au milieu de deux mondes à savoir celui de la justice pénale et celui de l'achat public¹²⁰. La référence faite aux juridictions de droit commun permet de saisir la juridiction répressive pour sanctionner les violations à la législation en vigueur en matière de marchés publics. Le juge judiciaire est chargé dans

¹¹⁹ Le recours pour excès de pouvoir est un « recours contentieux tendant à l'annulation d'une décision administrative et fondé sur la violation par cette décision d'une règle de droit ». Il « est ouvert même sans texte et a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité ».

¹²⁰ Voir Description dans, **Catherine PREBISSY-SCHNALL (C.)**, *La pénalisation du droit des marchés publics*, Paris, L.G.D.J., 2002, 617 p.

le cadre des marchés publics de traiter de la responsabilité contractuelle de toute personne ayant conclu un marché passé en application du Code des marchés publics.

L'alinéa 1 de l'article 119 du code des marchés publics portant sur les modalités de gestion des différends au contrat, dispose que « *Les litiges ou différends liés à l'exécution du marché sont réglés conformément aux stipulations contractuelles* ». Le contrat administratif prévoit donc les modes de règlement des différends qui naitront entre les parties. L'alinéa 2 dudit article précise que « *En cas de silence des parties, ces litiges ou différends sont réglés conformément au droit commun* ». C'est dans ce postulat que le droit béninois des marchés publics impose aux autorités contractantes, l'obligation de respecter les principes et règles de gestion des marchés publics sous peine de sanctions disciplinaire, répressive et civile. Il est en effet connu de tous que les sanctions pénales prévues dans le code des marchés publics ne peuvent être prononcées que par le juge judiciaire. Le code prévoit en son article 125 que tout agent public qui œuvre pour déclarer attributaire tout soumissionnaire qui ne respecte pas les règles de procédures ou qui ne remplit pas les conditions requises sera puni d'un emprisonnement de 5 à 10 ans. L'article 128 quant à lui fait référence aux actes de corruption qui peuvent intervenir dans la chaîne de passation des marchés publics. La disposition fait mention de ce que les agents accusés de corruption peuvent encourir des sanctions pénales. D'ailleurs le nouveau Code pénal rappelle en son article 341 que « tout agent public qui a volontairement œuvré pour déclarer adjudicataire un soumissionnaire qui n'a pas respecté les règles de procédure en matière de soumission des marchés publics ou qui n'a pas rempli les conditions exigées par les dispositions législatives ou réglementaires applicables ». N'étant pas censé respecter la procédure formelle des marchés publics, la procédure gré à gré des marchés publics est un mode *déconseillé* d'autant plus qu'ils constituent l'un des indices les plus importants de corruption, a estimé le Conseiller Spécial du Chef de l'Etat en matière de Bonne Gouvernance le jeudi 25 Mai 2017, Périclès Luzolo Bambi Lessa¹²¹. Le recours au juge administratif est quand même limité malgré son rôle très important. Au regard de la nature du marché, le titulaire du marché ne se retrouve pas dans une posture adéquate pour saisir le juge judiciaire en raison des

¹²¹ Voir « RDC : la passation des marchés gré à gré favorise la corruption », zoom-eco.net, mai 2017, en ligne, <https://zoom-eco.net/finance/rdc-la-passation-des-marches-de-gre-a-gre-favorise-la-corruption/>

faveurs à lui accorder lors de l'attribution du marché. Aussi, dans la majorité des cas, les soumissionnaires préfèrent un règlement administratif à travers une procédure de référé précontractuel qui est pour eux plus rapide.

En somme, à la différence de ceux exercés devant le juge administratif, les recours exercés devant le juge judiciaire sont moins fréquents et donnent lieu à peu de jurisprudence significative publiée¹²².

Section 2 : Du fait de la non-maîtrise des prix

Le prix d'un marché public est la pierre philosophale des marchés publics car nul n'est encore parvenu à mettre au point la formule qui donnerait à coup sûr le bon prix pour un bon « ouvrage »¹²³. La non-maîtrise des prix à la fois par les l'autorité contractante et les organes de contrôle ne facilite pas le contrôle du marché effectué. Mais la conclusion définitive du marché nécessite de fixer le prix (Paragraphe 1) qui sera versé à travers le paiement (Paragraphe 2) à la fin de la réalisation du marché.

Paragraphe 1 : La fixation du prix

En droit béninois, le prix des marchés publics et « ses modalités d'évolution » sont encadrés par des dispositions réglementaires, et qui sont codifiées dans le nouveau Code de la commande publique, applicable aux marchés publics. En effet, la conclusion du contrat de marché public n'est effective que si le contenu du contrat détermine le prix du marché public. La détermination du prix se fait selon certaines modalités (A) et peut faire objet de révision en fonction de l'évolution du marché (B).

A- Les modalités de détermination du prix

Après la détermination par les parties contractantes du contenu du contrat notamment sur les règles de passation du marché, le droit des marchés publics comporte également des règles financières relatives au prix qui sont fondamentales. La réglementation du prix, est un élément obligatoire dans les documents constitutifs du marché et dont la

¹²² François TENAILLEAU, « Les recours au fond devant le juge judiciaire », in : cms.law, mis en ligne le 11 avril 2013, <https://cms.law/fr/fra/publication/les-recours-au-fond-devant-le-juge-judiciaire>

¹²³ Voir « Le prix dans les marchés publics Guide et recommandations », Le Moniteur, en ligne, 6 décembre 2013, <https://www.lemoniteur.fr/article/le-prix-dans-les-marches-publics-guide-et-recommandations.1138869> consulté le 18 mai 2021.

méconnaissance peut entraîner la nullité du contrat¹²⁴. En matière de marché public, la détermination du prix est autant une exigence juridique dictée par le Code de la commande publique qu'un acte économique.

L'article 96 du Code des marchés publics dispose que « *Le prix du marché rémunère le titulaire du marché. Il est réputé lui assurer un bénéfice et couvrir toutes les dépenses qui sont la conséquence nécessaire et directe des travaux, des fournitures ou des services et notamment des impôts, droits et taxes applicables, sauf lorsqu'ils sont exclus du prix du marché en vertu du terme du commerce retenu* ». Pour parvenir à la définition du prix, il faut que celui-ci soit déterminable. Le prix dans les marchés publics doit être déterminé, c'est à dire connu, ou déterminable, c'est à dire calculable : soit le prix figure dans les documents du marché, soit les modalités précises de sa détermination figurent dans le marché et peut ainsi être précisément calculé par l'application des clauses contractuelles¹²⁵. L'alinéa 5 de l'article 96 dispose que « *Le prix est déterminé sur la base de dépenses contrôlées. Il correspond aux dépenses que le cocontractant justifie avoir faites touchant les salaires et les indemnités du personnel, les charges salariales, les matériaux et les matières consommables et l'emploi des matériels ainsi que des frais généraux, des impôts et des taxes imputables au chantier* ». A en croire HAÏM, la détermination du prix du marché prend en compte généralement « les dépenses et charges liées au marché ou résultant de son exécution , y compris les charges salariales, le coût des matériaux ou des consommables, les frais généraux, les impôts et les taxes »¹²⁶.

Par ailleurs dans le contrat de marché public, après avoir pris en compte tous les paramètres, il est important de rappeler le prix du marché qui conditionne le mode de rémunération du titulaire du marché. L'appel à concurrence permettrait alors d'obtenir les meilleures conditions de prix et de qualité pour la réalisation des projets dans le respect de l'intérêt général. Mais dans le cas ci-après des marchés publics gré à gré il

¹²⁴ Muhannad AJJOUR, *La notion de liberté contractuelle en droit administratif français*, Thèse de doctorat en Droit public, Université Panthéon-Assas Paris II Ecole doctorale Georges Vedel (droit administratif, sciences administratives et science politique, 2016, p. 382 ; Stéphane BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, Paris, Edition le Moniteur, 4^{ème} Edition, 2012, p. 474.

¹²⁵ Cf. « Prix déterminé ou déterminable - marchés publics », en ligne, <http://www.acheteurs-publics.com/marches-publics-encyclopedie/prix-du-marche-determine-ou-determinable>

¹²⁶ V. HAÏM, « Prix et règlement des marchés », *Juris-classeur administratif*, août 1998, fasc. 650, p. 4.

serait difficile à la personne publique contractante de mieux évaluer le prix au regard du manque de concurrence. Ce qui limite l'efficacité du contrôle par les services administratifs compétents qui pourraient penser à une existence de corruption entre les parties contractantes.

Le Code des marchés publics précise que les prestations faisant l'objet de marché sont payées soit par la formule des prix forfaitaires¹²⁷ soit par des unitaires ou une combinaison des deux formules¹²⁸. Le prix forfaitaire est réputé comprendre toutes les dépenses résultant de toutes sujétions normalement prévisibles pour l'exécution de la totalité du marché. Ce mode de rémunération comporte donc une sécurité importante pour l'Autorité contractante et des aléas pour le titulaire du marché. Ces aléas peuvent conduire ce dernier à majorer son offre ou peuvent conduire à des litiges, notamment pour la détermination des travaux, prestations ou fournitures supposés inclus ou non dans l'objet du marché¹²⁹. Quant aux prix unitaires, ils sont généralement utilisés pour : l'achat de fournitures et de prestations courantes, la réalisation de travaux dont la détermination des quantités est aléatoire, tels que les travaux de fondation, de terrassement, de dragage, certains travaux de voiries et réseaux divers (VRD), certains travaux d'entretiens¹³⁰.

B- De la révision du prix

D'après Maxime Gardellin, « l'utilisation d'un prix révisable dans un marché public est encadrée dans ses modalités de fixation, et d'un point de vue plus formel, par l'exigence de le prévoir dans le marché public par une clause spécifique »¹³¹. Elle a pour objet de garantir l'équilibre économique entre l'acheteur public et le titulaire du marché. L'article 97 paragraphe 6 du Code des marchés publics dispose que « *Le prix est révisable lorsqu'il peut être modifié durant l'exécution des prestations aux conditions de révision expressément prévues par le marché en vertu d'une clause de révision du prix stipulée*

¹²⁷ Constitue un prix forfaitaire, tout prix qui rémunère le titulaire pour un ensemble de prestations, un ouvrage ou une partie d'ouvrage, tel que défini dans le marché. La fixation d'un prix forfaitaire est imposée dès lors que les prestations sont bien définies au moment de la conclusion du marché. Article 96 alinéa 3.

¹²⁸ Article 96 alinéa 2.

¹²⁹ République du Bénin, *Guide de l'acheteur public*, Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP), Edition 2012, p. 72.

¹³⁰ *Ibid*, p. 73.

¹³¹ Maxime GARDELLIN, « Le prix révisable dans les marchés publics », *Contrats Publics* – n°199 - Juin 2019, p. 39

au marché par application des indices de prix officiels nationaux et, le cas échéant, étrangers ». Toutefois, la révision du prix du marché est fonction de la durée du marché. La durée d'exécution du marché peut être longue et les conditions économiques peuvent évoluer, ce qui justifie qu'il faut tenir compte de ces paramètres en insérant une clause de révision dans le marché. Mais comme le souligne le paragraphe 4 de l'article 97 précité, « *tout marché dont la durée d'exécution n'excède pas six (06) mois ne peut faire l'objet de révision de prix, sous réserve de la prise en compte par l'autorité contractante de situations exceptionnelles* ».

Même si le contrat de marché public adopte un prix ferme, la révision reste possible à travers la prise d'un avenant. Dans la décision N°2020-87/ARMP/PR-CR/CRD/SP/SA du 27 novembre 2020, l'Autorité de Régulation des Marchés Publics estime « *Que la conclusion d'un marché à prix ferme et non révisable n'empêche pas la prise d'un avenant au marché de base* »¹³². Dès lors le contrat de marché public à prix ferme peut faire l'objet d'une actualisation afin de permettre aux parties contractantes de revoir le prix du marché. Ce prix ferme est actualisable entre la date d'expiration du délai de validité des offres et la date de notification du marché selon des modalités déterminées dans le dossier d'appel à concurrence¹³³.

Par ailleurs, la révision des prix doit être une révision évidente et non opportuniste afin de permettre une efficacité dans le contrôle des marchés publics. Le marché public étant fait dans une procédure de gré à gré peut être confronté à une révision dans le non-respect des règles en vigueur. La révision du prix du marché ne peut avoir pour effet d'entraîner des majorations de prix excédant celles autorisées par la réglementation en vigueur et ne s'applique pas aux dépassements du délai contractuel d'exécution imputable au titulaire du marché. Toutefois, à partir du moment où le marché de gré à gré n'a pas respecté une procédure formelle, il serait difficile d'opérer un contrôle de ces marchés pour empêcher une révision illégale des prix. C'est dans ce sens que Giorgio BLUNDO considère que le recours au gré à gré permet surtout de contourner les

¹³² Décision N°2020-87/ARMP/PR-CR/CRD/SP/SA du 27 novembre 2020 ; a-Déclarant irrégulière la procédure de résiliation du contrat 033/APB/MJL/PTMP/CCMP/AC/S-PRMP du 07 novembre 2019 relatif aux travaux d'extension à la prison civile d'Abomey.

¹³³ Article 97 alinéa 5 du Nouveau Code des Marchés publics.

exigences minimales de transparence dans le choix de l'entreprise et de contracter sur la base de cahiers des charges flous ou inexistants.

Paragraphe 2 : Le paiement

Les contrats conclus dans les marchés publics établissent des obligations entre les différentes parties. Ces obligations nécessitent que le pouvoir adjudicateur procède, après réalisation du marché, au paiement du titulaire du marché. Cependant, en matière de rémunération, des règles doivent être minutieusement suivies. Ces règles établissent un procédé multiple de paiement (A) tout en interdisant les paiements différés (B).

A- Un procédé multiple

De façon objective, le paiement d'un marché ne peut être exigé en général que quand le titulaire du marché a bien été exécuté¹³⁴. Le titulaire d'un marché public ne peut demander le paiement de ses prestations que lorsqu'elles ont été réalisées et que l'acheteur public a constaté qu'elles sont conformes au contrat signé. Le règlement financier du marché public gré à gré se fait à travers le paiement qui constitue une phase par laquelle le comptable public, au vu des pièces justificatives exécute la dépense¹³⁵. L'article 110 alinéa 1 du Code des marchés publics ordonne que tout paiement d'un marché public soit fait transfert bancaire sur un établissement bancaire ou un organisme financier agréé de premier rang, conformément aux textes en vigueur ou par crédit documentaire. La loi n'autorise donc pas que le règlement financier soit fait main à main même si le marché public octroyé a été fait par entente directe.

Par ailleurs, le paiement du marché nécessite le respect d'une certaine procédure que doit respecter le pouvoir adjudicateur. Avant tout paiement, il faut un mandatement venant de l'ordonnateur de l'administration publique contractante, qui consiste à donner l'ordre au comptable de payer la somme due au titre du marché¹³⁶. Dès lors que le comptable reçoit l'ordonnancement, accompagnée des pièces justificatives, il contrôle

¹³⁴ Cf. « Le paiement dans les marchés publics : état des lieux », le Portail des Marchés Publics pour les PME, http://www.marchespublicspme.com/apres-la-reponse/le-paiement-dans-les-marches-publics/actualites/2019/01/03/le-paiement-dans-les-marches-publics-etat-des-lieux_14230.html consulté le 14 mai 2021.

¹³⁵ Stéphane BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, op cit., p. 498.

¹³⁶ *Ibid.* p. 505

la légalité externe de la dépense et procède au paiement si aucune irrégularité n'est identifiée¹³⁷.

Le paiement du marché peut se faire en plusieurs étapes conformément à la réglementation en vigueur. L'article 110 alinéa 4 du Code des marchés publics souligne que le marché réalisé par l'opérateur économique peut donner lieu à versement d'avances, d'acomptes, ou à paiement pour solde avec preuves tangibles conformément aux modalités prévues, par le cahier des clauses administratives générales. Le Cahier des clauses administratives générales prévoit le régime des paiements anticipés permettant au titulaire du marché d'obtenir, avant la fin de la réalisation des prestations, un pourcentage à valoir sur le solde final. Face à cela, la personne publique contractante est tenue de procéder à un paiement d'acomptes périodiques. L'article 112 paragraphe 5 du Code des marchés publics rappelle à cet effet que « *Le cahier des clauses administratives générales fixe pour chaque catégorie de marché, les termes périodiques ou les phases techniques d'exécution en fonction desquelles les acomptes doivent être versés* ». En France, dans le cadre des marchés gré à gré et précisément ceux relatifs à la défense et à la sécurité, la périodicité maximale pour verser les acomptes est portée à 6 mois¹³⁸.

Outre les acomptes, le paiement peut être effectué à travers une avance au regard des opérations préparatoires à l'exécution des travaux, fournitures ou services qui font l'objet du marché¹³⁹. L'avance constitue donc une règle qui déroge à la règle du service fait mais tend à faciliter l'exécution des marchés. Ainsi, quel que soit le type de marché passé entre les parties, « *Le montant total des avances accordées ou titre d'un marché déterminé ne peut en aucun cas excéder vingt pour cent (20%) du montant du marché initial pour les travaux et les prestations intellectuelles ; trente pour cent (30%) du montant du marché initial pour les fournitures et les autres services* ». Ces avances sont toutefois remboursées par le titulaire du marché conformément à un rythme fixé par le marché¹⁴⁰.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ *Ibid.* p. 506

¹³⁹ Article 111 alinéa 1 du Code des Marchés publics.

¹⁴⁰ Article 111 alinéa 6 du Code

B- L'interdiction de paiement différé

Le paiement différé est une pratique consistant à octroyer un délai entre la date d'acquisition d'un bien et son paiement. Il implique que le titulaire du marché finance l'investissement nécessaire à l'exécution du marché et le répercute *in fine* à l'acheteur. Pour Nicolas CHARREL, « L'insertion de toute clause de paiement différée est interdite dans les marchés publics passés par l'Etat, ses établissements publics, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ». Cette exigence obligatoire à respecter est surtout observée au niveau de certains marchés notamment ceux de défense ou sécurité. C'est ainsi qu'il est formulé que : « Tout paiement différé est interdit dans les marchés de défense ou de sécurité¹⁴¹. »

Cette règle générale des marchés publics comporte des dérogations à l'égard de certains types de marchés publics. En France, les marchés publics portant sur la défense et la sécurité peuvent déroger à la règle de paiement différé. Il est fait mention qu'un arrêté conjoint des ministres de la Défense et du Budget peut autoriser l'insertion d'une disposition portant sur le paiement différé d'un marché en cas de circonstances particulières à savoir l'urgence ou les caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement¹⁴². C'est donc une ouverture pour le Bénin de conformer sa législation dans ce sens. On invite donc le législateur à mentionner expressément cette dérogation dans le code afin de situer les personnes responsables des marchés publics et à tout acteur impliqué dans la chaîne de la dépense publique d'en tenir dans les opérations le concernant.

¹⁴¹ Art. L2191-5 et L2191-6 du code de la commande publique française.

¹⁴² Stéphane BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, op cit., p. 507

CHAPITRE 2 : UN MECANISME PERFECTIBLE

Les principaux dysfonctionnements observés dans la chaîne tiennent, pour l'essentiel, à des problèmes de compétence des acteurs et de méconnaissance des textes régissant les marchés publics. Ce qui nuit sensiblement à l'efficacité globale du système puis à divers actes attentatoires relève d'une pluralité d'obstacles qu'il y a lieu de relever. Lesquels mettent sérieusement à mal, les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des soumissionnaires et de transparence des procédures, qui fondent la commande publique.

Section 1 : Les difficultés liés aux mesures dérogatoires

Plusieurs obstacles peuvent-être envisagés. Au nombre des obstacles concernés, on peut en relever une multitude notamment des difficultés de nature juridique (paragraphe 1) puis celles de nature procédurale (Paragraphe 2)

Paragraphe 1 : Les difficultés d'ordre juridique

Plusieurs difficultés s'observent dans la mise en œuvre des procédures dérogeant aux règles classiques de passation et d'exécution dans la commande publique. Il ressort que les difficultés majeures sont issues du fait de l'absence constatée de réglementation spéciale détaillée d'une part (A), puis de la consécration de l'intérêt général.

A- Une insécurité juridique constatée

Le niveau actuel de réglementation applicable aux mesures dérogeant à la commande publique laisse voir clairement quelques insuffisances juridiques relatives aux mesures dérogatoires qu'il urge de ressortir avant d'envisager quelques approches de solutions. A première vue, on peut recourir à la réglementation portant codes des marchés publics et aux différents décrets d'application. Les plus récents en datent respectivement du 29 Septembre 2020 et du 23 décembre 2020¹⁴³. De ces dispositions, on peut constater qu'elles demeurent assez générales et ne mentionnent suffisamment pas de détails pouvant orienter l'entité adjudicatrice en cas de mesures dérogatoires. Ce silence exprès

¹⁴³ Cf. la loi n°2020-26 du 29 Septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin et le décret n°2020-604 du 23 décembre 2020 portant modalités spécifiques d'exclusion d'achat ou d'entité du champ d'application du code des marchés publics.

du législateur laisse la liberté aux agents concernés d'adopter des procédures divergentes face à chaque opération de commande publique exclue de toute procédure d'appel d'offre ouvert. Il serait préférable de mettre en vigueur une réglementation spéciale consacrant un minimum commun de procédure (minimum) acceptée de toutes les entités habilitées à déroger à la procédure de l'appel d'offre même pour les cas nécessitant une impérieuse urgence visant la satisfaction de l'intérêt général.

L'on peut constater ensuite que le système de réforme et d'adaptation engagé par le Bénin depuis 1996 laisse penser à une insécurité juridique considérable du fait du changement et de la révision périodique de la réglementation des marchés publics et de leurs décrets d'application. A cet effet, le Bénin a connu plusieurs réglementations en la matière notamment l'Ordonnance n° 96-04 du 31 janvier 1996 portant code des marchés publics applicable en République du Bénin. Une modification de cette Ordonnance est intervenue en 2004 avec le vote de la loi n°2004-18 du 27 août 2004 portant modification de l'Ordonnance de 1996¹⁴⁴. Toujours en guise de réforme, le Bénin a adopté la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public¹⁴⁵. Puisque cela ne suffisait pas, il faut attendre 2017 pour voir apparaître la loi n°2017- 04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin révisé en 2020 par celle n° 2020 - 26 du 29 Septembre 2020 portant codes marchés publics en République du Bénin. Cette série de modification des textes constitue donc une insécurité juridique auquel il faut remédier.

Par ailleurs, les agissements des différents acteurs laissent percevoir que les cas de résistance face aux décisions de la Commission nationale de régulation des marchés publics et d'actes répétés de déviance, ne prospèrent que du fait de l'impunité ayant jusque-là, caractérisé le secteur.

¹⁴⁴ Cf. la loi n°2004-18 du 27 août 2004 portant modification de l'Ordonnance n° 96-04 du 31 janvier 1996 portant code des marchés publics applicable en République du Bénin. Voir à volonté Souleymane ASSOUMA MAMA, *La problématique des marchés publics de travaux et l'approche du partenariat public privé au Bénin*, consulté sur https://www.memoireonline.com/05/19/10786/m_La-problematique-des-marches-publics-de-travaux-et-l-approche-du-partenariat-public-privé-au-Ben1.html le 27 Avril 2021 à 16h05mn.

¹⁴⁵ Cf. la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public.

B- Le recours à l'intérêt général dans le choix des procédures

En dehors du cas de l'urgence, de la défense et de la sécurité nationale et des différents services et structures énumérés supra, l'intérêt général permet de déroger à certaines obligations procédurales¹⁴⁶. Même si la partie législative actuelle du code de la commande publique ne comporte pas la mention de l'intérêt général comme motif permettant de modifier les seuils par voie réglementaire, cette notion occupe une place prépondérante dans l'ordre juridique administratif et ne peut qu'élargir le champ réglementaire du code et pourrait permettre alors au Gouvernement, et selon des décrets pris en Conseil des ministres, d'introduire la notion d'intérêt général pour justifier la passation de marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables¹⁴⁷. Si pour Anne-Cécile VIVIEN cette mention permet de sécuriser juridiquement les évolutions réglementaires qui pourraient intervenir pour simplifier et accélérer la conclusion de certains marchés, notamment dans des secteurs confrontés à des difficultés économiques importantes ou constituant des vecteurs essentiels de la relance économique¹⁴⁸, nous pensons qu'elle donne plus de pouvoir à l'administration de trouver plus de raison de recourir aux procédures dérogatoires. Ce qui constitue donc un enjeu majeur dans le choix des procédures à adopter du moment où l'administration peut recourir abusivement à la nécessité d'intérêt général pour opérer ces choix. Il ne doit donc pas s'agir, de permettre à l'administration encore moins aux acheteurs de décider abusivement de déroger aux procédures en fonction de leur propre appréciation de l'intérêt général à un moment donné. Les cas dérogatoires restent de la compétence de la loi. Certaines procédures constituent tout de même des obstacles à franchir.

Paragraphe 2 : Les difficultés d'ordre procédural

Outre les difficultés de nature juridique telles qu'énoncées ci-dessus, certaines d'ordre procédural portent également obstacle à l'exécution parfaite des procédures dérogatoires de la commande publique. Ces obstacles se constatent par une complexité remarquable

¹⁴⁶ Anne-Cécile VIVIEN, « Les règles dérogatoires au code de la commande publique sont-elles toujours en vigueur ? » consulté sur le <https://institut-isbl.fr/les-regles-derogatoires-au-code-de-la-commande-publique-sont-elles-toujours-en-vigueur-de-lordonnance-du-25-mars-2019-au-projet-de-loi-asap/> le 11 mai 2021 à 17h 25mn

¹⁴⁷ Critère d'intérêt général : « les explications » de la Direction des Affaires Juridiques. Consulté sur le site : <https://www.achatpublic.info/actualites/breves/critere-dinteret-general-les-explications-de-la-daj-26041> le 11 mai 2021 à 18h 23mn.

¹⁴⁸ Anne-Cécile VIVIEN, *op. cit.* p.104

des procédures existantes (A) puis par une absence d'harmonisation convaincante au plan communautaire (B)

A- Une complexité remarquable dans les procédures existantes

Le pouvoir adjudicateur n'a pas toujours les compétences et capacités nécessaires de planifier seul son projet de commande publique comme l'exige le code des marchés publics du fait de la complexité de certains marchés. Cette complexité se remarque à divers niveaux notamment lorsque le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir seul les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs, et/ou n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique et/ou financier d'un projet¹⁴⁹. Ces difficultés imposent donc au pouvoir adjudicateur l'obligation de recourir aux procédures dérogatoires et au dialogue compétitif¹⁵⁰ en particulier dans la mesure où le recours à de telles procédures permettent d'attribuer les marchés complexes. Le dialogue compétitif constitue donc une procédure flexible qui sauvegarde à la fois la concurrence entre opérateurs économiques et le besoin des personnes publiques et de discuter avec chaque candidat tous les aspects du marché. Elle offre aux acheteurs publics des possibilités bien plus larges de dialoguer avec les candidats au marché, afin d'améliorer la qualité et le caractère innovant des propositions qui leur sont faites. Il y a donc intérêt de recourir à de telles procédures uniquement quand c'est vraiment nécessaire. Ainsi, le Conseil d'Etat a validé le recours à la procédure de dialogue compétitif en raison de la complexité pour un marché de prestations d'assurance collective en matière de prévoyance et de frais de soins de santé¹⁵¹. La Haute Juridiction a considéré que « les difficultés tenant à la mise en place pour la première fois d'un marché unique se substituant progressivement aux multiples contrats de protection santé existants, dans un contexte de réforme profonde du réseau consulaire, ne permettaient pas d'être objectivement en mesure de définir seule et à

¹⁴⁹ <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Procedure-dialogue-competitif.htm> consulté le 13 mai 2021 à 13h 15mn.

¹⁵⁰ La procédure de dialogue compétitif est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue seront invités à remettre une offre.

¹⁵¹ <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Procedure-dialogue-competitif.htm> *op. cit.* p.112

l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins¹⁵² » ; elle valide ainsi le caractère complexe du marché concerné.

B- Une harmonisation manquante des procédures au plan communautaire

L'intervention du droit communautaire et du droit international dans les procédures dérogatoires dans les commandes publiques devient de plus en plus nécessaire. Cette intervention permettrait d'harmoniser au sein des Etats membres de l'espace communautaire UEMOA ou CEDEAO une pratique commune dans la passation des marchés échappant à toute procédure d'appel d'offre ouvert. Cette harmonisation favoriserait une meilleure transparence et pourrait limiter la corruption et les retards observés dans la phase de passation des marchés et services concernés, ce qui entraîne un manque à gagner qui se chiffre chaque année à plusieurs milliards de dollars. Or, très jaloux de leur souveraineté interne, les Etats ne sont depuis lors pas prêts à céder certains domaines de leurs compétences jugées d'exclusives et propre à eux. Sans toutefois l'ignorer, la corruption et la lenteur dans les procédures de passation des marchés et services publics constituent des problèmes majeurs à résoudre. Par ailleurs, sans marchés publics efficaces, les hôpitaux sont privés de médicaments, les enseignants de manuels scolaires et les villes de routes¹⁵³. Chaque fois qu'un article fait état d'une pénurie de médicaments dans les hôpitaux, d'un manque de manuels dans les écoles ou d'une carence du réseau routier, nous pouvons nous dire qu'il s'agit sans doute d'un problème de passation des marchés. Ensuite, sans marchés publics efficaces, les finances sont dilapidées à grande échelle¹⁵⁴. A contrario, comme de nombreux pays en développement voient une part significative de leur budget passer par le système des marchés publics, les économies dégagées, même modestes, peuvent vite prendre de l'ampleur. Enfin, les marchés publics sont une manifestation tangible de l'État dans le quotidien des citoyens. Il serait opportun de procéder à une harmonisation des procédures dérogatoires afin que leur application soit commune dans l'espace communautaire. Cette harmonisation par la voie de directive ne saurait faire obstacle à la souveraineté dont dispose les Etats membre de l'espace communautaire dans son

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ <https://blogs.worldbank.org/fr/arabvoices/three-reasons-procurement-essential-development> consulté le 10 mai 2021 à 17h50mn.

¹⁵⁴ *Ibid.* p. 92

application. En cas d'urgence et des besoins de défense et de sécurité nationale, chaque Etat pourrait disposer de marge de manœuvre pour satisfaire au besoin.

Section 2 : La nécessité d'une réforme

Le système de passation des marchés publics entrant dans le cadre des mesures dérogatoires est perçu par les maîtres d'ouvrage et certains acteurs du Secteur privé, comme un véritable facteur de blocage et de non transparence dans le choix des prestataires de service auquel il urge de réformer afin de se conformer aux différents objectifs visés par les principes gouvernant la commande publique. Les réformes sont envisagées aussi bien dans le cadre normatif (**paragraphe 1**) que structurelle (**paragraphe 2**)

Paragraphe 1 : Des réformes normatives attendues

Plusieurs réformes peuvent être envisagées pour parfaire les procédures actuelles existantes. De ce fait, l'instauration d'un recueil des textes juridiques pourrait renseigner davantage sur les contenus desdites procédures (**A**) ensuite envisager leur uniformisation (**B**)

A- L'instauration d'un recueil des textes adaptés aux procédures dérogatoires

Afin de permettre une meilleure information aux acteurs de la commande publique en général et aux acteurs statuant dans le cadre des marchés soumis aux mesures d'exclusion du code, il est assez nécessaire d'instituer un recueil contenant les principaux textes juridiques applicables aux mesures dérogatoires. L'objectif visé est de procéder à la vulgarisation du cadre juridique desdits marchés. Ceci constituerait une solution face à l'insécurité juridique constatée du fait de la pluralité des textes juridiques existants d'une part et leur absence de spécification d'autre part. Il y a lieu d'instaurer un recueil des textes juridiques et jurisprudentiels applicables aux mesures dérogeant aux règles classiques de la commande publique. Une meilleure maîtrise des instruments juridiques existants s'impose afin de mieux les appliquer. Ledit recueil pourrait être régulièrement suivi par une mise à jour périodique avec pour mention « abrogé » pour les textes n'étant plus en vigueur. De même, il serait souhaitable de prendre une disposition réglementaire spéciale et détaillée applicable aux mesures dérogatoires en

général puis procéder à la révision du décret n° 2018-233 du 13 juin 2018 fixant les procédures et modalités de passation des marchés publics relatifs aux besoins de défense et de sécurité nationale exigent le secret du fait de la révision apportée au code des marchés publics de 2017¹⁵⁵ tels que c'est le cas en France avec le décret n°2016-361 relatif aux marchés publics de défense¹⁵⁶. Le constat est qu'il n'existe quasiment pas ou existe de rares documents spécifiques abordant ces mesures sauf quelques-uns notamment le décret n°2020-604 du 23 décembre 2020¹⁵⁷ qui énonce assez brute les cas d'exclusions concernées sans pour autant en donner de détails particuliers et le décret n°2018-233 du 13 juin 2018 fixant les procédures et modalités de passation des marchés publics relatifs aux besoins de défense et de sécurité nationale exigent le secret.

B- L'Uniformisation des procédures dérogatoires

Après les efforts d'harmonisation consacrée par les directives de l'UEMOA n°04/2005/CM/UEMOA et celle n°05/2005/CM/UEMOA relatives respectivement aux procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public puis celle relative au contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'union économique et monétaire ouest africaine, on peut voir clairement que les partenariats publics privés n'en font nullement partie. Il serait encore meilleur d'achever cette politique d'harmonisation tout en y ajoutant les procédures relatives aux partenariats publics privés dans l'espace de l'union. De ce constat, il ressort que les procédures classiques à la commande publique du moins aux marchés publics et aux délégations des services publics subissent une harmonisation au niveau communautaire donc de l'UEMOA. Même si les Etats membres peuvent toutefois envisager aller au-delà d'une simple directive et procéder par voie de règlement afin d'unifier les procédures de la commande publique dans la globalité des domaines la composant, on peut recommander à ce qu'ils envisagent d'harmoniser tout de même les procédures dérogatoires au lieu de les écarter et de les laisser à la législation nationale des Etats membres au nom de la souveraineté. Il faut se référer à l'article 9 de

¹⁵⁵ Voir art. 11 du décret n°2018-233 du 13 juin 2018 fixant les procédures et modalités de passation des marchés publics relatifs aux besoins de défense et de sécurité nationale exigent le secret

¹⁵⁶ Nicolas CHARREL, *Code pratique des marchés publics*, Antony, Editions Moniteur, 10^{ème} éd., 2017, p.165.

¹⁵⁷ Il s'agit ici du décret portant modalité spécifique d'exclusion d'opérations d'achat ou d'entités du champ d'application du code des marchés publics institué le 23 décembre 2020.

la directive n°04/2005/CM/UEMOA pour constater que l'union laisse les Etats libres dans l'adoption des procédures relatives aux marchés de travaux, de fournitures et de services lorsqu'ils concernent les besoins de défense et de sécurité nationale exigeant le secret ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat est incompatible avec des mesures de publicité¹⁵⁸ ce qui est justifié par le principe de la souveraineté dont disposent les Etats. Une fois cette étape franchie, ils peuvent ensuite envisager d'unifier les seuils de passation des marchés au niveau communautaire dans ce sens. Aussi nécessaire qu'il soit, rappelons-le, pour une meilleure gestion des procédures dérogeant aux règles de la commande publique, les entités adjudicatrices ayant à charge la gestion d'un système de qualification ou y a recours pour le choix des candidats à une procédure restreinte ou négociée doivent veiller à l'égalité des candidats. Il serait bienheureux de voir les services et structures chargés des procédures à divers niveaux de se voir doter d'une procédure minimum commune aussi bien dans le cas des marchés publics que des délégations de service public et même de partenariat public privé. Les conditions administratives, techniques ou financières doivent-être les mêmes pour tous les candidats. C'est ainsi que Jérôme MICHON précise que les essais ou les justifications qui feraient double emploi avec des preuves objectives déjà disponibles sont proscrites¹⁵⁹. Il serait souhaitable de mettre à la disposition des entités adjudicatrices concernées, des manuels de procédure détaillant chaque étape de la passation en attendant toute réforme complémentaire.

Paragraphe 2 : Des réformes structurelles attendues

Au-delà du cadre normatif existant, il urge d'envisager un aménagement technique des organes structurelles intervenant dans les procédures dérogatoires de la commande publique. Cet aménagement vise d'une part à centraliser les structures adjudicatrices (**A**) puis d'autre part à créer un dispositif de circonstances exceptionnelles (**B**)

¹⁵⁸ Art. 9 de la directive n°04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA

¹⁵⁹ Jérôme MICHON, *Les marchés publics en 100 questions*, Paris, Groupe Moniteur, 3^{ème} éd., 2008, p.558.

A- La centralisation des structures adjudicatrices

La pluralité de structures pouvant recourir aux mesures dérogatoires fait appel à de multiples signataires dans lesdites structures. Cette pratique pourrait causer de grands préjudices à l'administration. Pour y remédier, il serait préférable d'instaurer une entité adjudicatrice chargée des opérations relevant des mesures dérogatoires et consultable en ligne. A défaut quoi, plusieurs personnes habilitées à signer les marchés de la structure peuvent coexister sans que leur nombre n'ait la moindre influence sur le fonctionnement du service, sur la détermination de la procédure qu'il faut désormais matérialiser et rendre unique pour adoption par toutes les structures en cas de dérogations¹⁶⁰. La structure pourrait publier des avis sur l'existence d'un système de qualification. Cet avis en indique l'objet et les modalités d'accès aux critères et aux règles sur lesquels il repose¹⁶¹. Il est souhaitable que le système de qualification se repose sur des critères et des règles objectifs parmi lesquels peut être retenue la capacité des candidats à respecter les spécifications techniques¹⁶². L'entité adjudicatrice devrait veiller à ce que les opérateurs économiques puissent à tout moment demander à être qualifiés tout en restant disponibles à leur fournir les critères et règles de qualification à leur demande. L'opérateur économique qui demande à être qualifié doit être informé de la décision prise à son sujet dans un délai raisonnable. Lorsque l'entité adjudicatrice décide de rejeter une demande de qualification, elle informe l'opérateur économique des motifs de sa décision dans un délai maximal, délai raisonnable à compter de cette décision¹⁶³. Elle ne peut mettre fin à la qualification d'un opérateur économique que pour des motifs fondés sur les critères de qualification. L'intention de mettre fin à la qualification doit être préalablement notifiée à cet opérateur économique, par écrit motivé, au moins quinze jours avant la date prévue de la fin de la qualification. Un relevé des opérateurs économiques qualifiés doit donc être conservé par l'entité adjudicatrice¹⁶⁴.

¹⁶⁰ *Ibid.* p. 560

¹⁶¹ Jérôme MICHON, *op. cit.*, p.57.

¹⁶² *Ibidem.*

¹⁶³ *Ibidem*

¹⁶⁴ *Ibid.* p.58.

B- Création d'un dispositif de circonstances exceptionnelles

Comme on peut le constater, les crises n'en demeurent pas moins de nos jours¹⁶⁵. Il y a lieu de penser à de nouvelles mesures dérogatoires qu'elles soient provisoires ou définitives à la commande publique tel que dégagé en France. Pour faire face à une chute économique importante, le Gouvernement français a mis en place des mesures dérogatoires provisoires au Code de la Commande Publique afin de relancer l'activité des entreprises. C'est le cas de plusieurs ordonnances et décrets qui ont été pris dont notamment les décrets 2020-893 relatives au relèvement à soixante-dix mille euros le seuil de dispense de procédure pour la passation des marchés publics de travaux¹⁶⁶. Selon le même décret, les marchés de fournitures et de denrées alimentaires inférieur à cent mille euros hors taxe peuvent désormais être passé sans publicité ni mis en concurrence¹⁶⁷. De même, par une ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, ont été mises en œuvre diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19. Ces règles dérogatoires étaient applicables aux contrats publics en cours ou conclus entre le 12 mars 2020 et la fin de l'état d'urgence sanitaire déclaré par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 susvisée, augmentée d'une durée de deux mois soit jusqu'au 23 juillet 2020¹⁶⁸. De nombreuses règles dérogatoires ayant principalement pour objet de protéger la trésorerie des entreprises ont ainsi été mises en œuvre pendant la période du premier état d'urgence sanitaire¹⁶⁹. L'état d'urgence sanitaire a, à nouveau été déclaré à compter du 17 octobre 2020 à 00 h par un décret en date du 14 octobre 2020¹⁷⁰.

Afin de pouvoir réagir plus rapidement et plus efficacement à la survenance de circonstances exceptionnelles nouvelles, il serait nécessaire d'adopter au Bénin des mesures ayant pour objet d'inscrire dans le code de la commande publique un dispositif

¹⁶⁵ Nous visons particulièrement dans ce sens la crise sanitaire de la pandémie de COVID-19

¹⁶⁶ <https://ordiges.fr/covid-19-mesures-derogatoires-marches-publics/> consulté le 12 mai 2021 à 19h 30mn.

¹⁶⁷ consulté à volonté le site : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000042138128>

¹⁶⁸ <https://institut-isbl.fr/les-regles-derogatoires-au-code-de-la-commande-publique-sont-elles-toujours-en-vigueur-de-lordonnance-du-25-mars-2019-au-projet-de-loi-asap/> consulté le 06 mai 2021 à 14h24mn.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ Il s'agit du décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020 déclarant l'état d'urgence sanitaire consulté sur le site : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042424377> le 06 mai 2021 à 14h30mn

pérenne, s'inspirant du dispositif mis en place pendant l'état d'urgence sanitaire en France susmentionné, qui pourra être mis en œuvre par décret. Les acheteurs pourraient notamment aménager les modalités pratiques de la consultation tels que les visites de chantier, délais de remise des plis, avec possibilité toutefois de modifier les conditions de la mise en concurrence ; de prolonger les contrats qui arrivent à échéance pendant la période de circonstances exceptionnelles, lorsque l'organisation d'une procédure ne peut être mise en œuvre. Ils peuvent de même envisager de proroger, de façon proportionnée, le délai d'exécution des marchés lorsque l'exécution des prestations concernées en temps et en heure occasionnerait pour le titulaire une charge manifestement excessive. Alors, quelles que soient les clauses du contrat, les entreprises ne pourront être sanctionnées en cas de difficultés d'exécution liées à la crise du fait qu'ils pourraient bénéficier d'exonération des pénalités de retard et de l'interdiction de l'exécution aux frais et risques du titulaire défaillant¹⁷¹.

¹⁷¹ **Anne-Cécile VIVIEN**, « Les règles dérogatoires au code de la commande publique sont-elles toujours en vigueur ? consulté sur : <https://institut-isbl.fr/les-regles-derogatoires-au-code-de-la-commande-publique-sont-elles-toujours-en-vigueur-de-lordonnance-du-25-mars-2019-au-projet-de-loi-asap/> le 06 mai 2021 à 14h50mn

CONCLUSION GÉNÉRALE

Le métier d'acheteur public a profondément évolué. Chargé initialement d'assurer la seule sécurité juridique des procédures, ce dernier doit désormais composer avec l'optimisation économique de l'acte d'achat¹⁷². Générer des gains sur les achats en contexte public suppose de développer de nouveaux réflexes permettant de peser sur le triptyque coûts, qualité et délais en alliant aux méthodologies développées dans le secteur privé les règles de passation des marchés publics¹⁷³. Ne pouvant pas toujours se soumettre à l'intégralité des dispositions du fait de certaines situations urgentes ou pour la nécessité de sécurité nationale, il y a lieu d'envisager la voie de quelques mesures dérogatoires. En résumé, il ressort que les mesures dérogatoires dans la commande publique s'observent en fonction des besoins, de la nature de l'achat ou du contexte de l'entité dont l'exclusion est motivée, ou encore selon la modalité de passation en cause.

Concernant les besoins, entrant dans le cadre des mesures dérogatoires de la commande publique, les besoins de défense et de sécurité nationale exigeant le secret ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat est incompatible avec des mesures de publicité. Ces besoins comportent les renseignements, procédés, objets documents, données informatiques, ou fichiers intéressant la défense, la sécurité publique et assimilées qui ont fait l'objet de mesures de protection destinées à restreindre leur diffusion ou qui sont tenus secret dans l'intérêt de la défense nationale et dont la recherche, l'appropriation, le détournement, la reproduction la divulgation ou la destruction constituent des infractions à la sûreté de l'Etat¹⁷⁴.

Concernant la nature des services, les missions diplomatiques et consulaires à l'étranger peuvent faire des acquisitions sans appliquer le Code des marchés publics, le service chargé du mobilier national peut faire des acquisitions aux enchères publiques sans appliquer les procédures prévues par le Code des marchés publics. Le règlement de ces achats peut avoir lieu sur production du procès-verbal de vente de la personne habilitée à faire les ventes aux enchères, les services d'arbitrage, de conciliation, d'assistance et de représentation juridiques. Il en est de même pour les services financiers relatifs à

¹⁷² <http://www.acheteurs-publics.com/> consulté le 18 mai 2021 à 12h18mn.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ Art.6 de la loi 2020-26du 29 décembre portant code des marchés publics en République du Bénin.

l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert des titres ou d'autres instruments financiers, en particulier les opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des autorités contractantes et les services fournis par des banques centrales¹⁷⁵. Cette dérogation consacrée par le code est de même reconnue à certaines autorités contractantes notamment pour ce qui concerne les opérations d'acquisition des produits pétroliers dénommés super carburant, essence ordinaire et gasoil destinés uniquement à l'usage des véhicules administratifs ainsi que le gaz butane à usage domestique et dont l'acquisition est soumise à l'application du prix officiellement en vigueur. Les opérations d'acquisition des titres de transports aérien, terrestre et maritime pour les besoins des missions de leurs agents peuvent être effectuées sans appliquer le code y compris l'hébergement et la restauration des participants, dans les établissements

hôtelières ou dans les structures ayant une telle vocation, à l'occasion de l'organisation de sommets officiels, de séminaires ou ateliers de même que l'acquisition des médicaments et produits essentiels utilisés dans la médecine d'urgence et dont la liste est fixée par un arrêté du Ministre de la santé et l'organe en charge de la régulation des marchés publics¹⁷⁶. En observant l'étendue de ces dérogations basées sur la nature des services, il s'avère nécessaire de croire que le législateur a accordé un champ d'intervention assez large laissant voire qu'il peut être revu à la baisse pour permettre une meilleure planification rationnelle des dépenses publiques.

Concernant les modalités de passation, on peut constater que les procédures de gré à gré ou d'entente directe, d'appel d'offre restreint, de sollicitation de prix et suivantes dérogent à la procédure d'appel d'offre ouvert qui constitue la règle. Alors recourir à l'une ou l'autre de ces modalités renvoie donc à déroger au mode classique de passation des marchés publics.

Par ailleurs, on peut affirmer que les mesures dérogatoires dans la commande publique aussi multiples qu'elles soient ne manquent pas d'encadrement juridique et bénéficient d'une réglementation rigoureuse et pourraient donc être aménagés en tenant compte des difficultés relevées notamment celles relatives à l'insécurité juridique constatée, aux

¹⁷⁵ Art.3 de la loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

difficultés d'ordre procédural et à celles concernant l'absence d'un contrôle adéquat auquel il faut aménager.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

AZZONNE Rémy, *Les marchés publics d'études et de maîtrise d'œuvre*, Paris, Berger-Levrault, 3^{ème} éd. 1995, 131 pages ;

CHARREL Nicolas, *Code pratique des marchés publics*, Antony, Editions Moniteur, 10^{ème} éd., 2017, 1152 pages ;

CLEMENT Jacques, RICHER Daniel, *Les marchés publics de travaux des collectivités territoriales*, Paris, economica, CNFPT Editions, 2^{ème} éd., 1993, 462 pages ;

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 10^{ème} éd., 2014, 1095 Pages ;

DOMERGUES Gilles, *Les marchés publics de prestations intellectuelles*, Paris, L.G.D.J, 1992, 316 pages ;

EMERY Cyrille, *Passer un marché public*, Paris, Delmas, 2^{ème} éd., 2004, 480 pages ;

Gabriel (Sous la dir.) GUILLIEN Raymond et VINCENT Jean, GUICHARD Serge et MONTAGNIER, *Lexiques des termes Juridiques*, Paris, Dalloz, 16^{ème} éd., 2007, 699 pages ;

Martial GNAHORE, *La gestion des marchés publics en Côte d'Ivoire : contraintes juridiques et réalités sociologiques*, Université de Strasbourg, Ecole nationale d'administration, 2015-2016.

MAURIN André, *Droit administratif, Aide-mémoire*, Paris, Dalloz, 11^{ème} Edition, 203 pages

MALHIERE Pierre, *Le langage des marchés publics*, Poitier, éditions Méthodes et stratégies, 1995, 111 pages.

OCDE, *Système de contrôle et de recours en matière de marchés publics dans l'Union européenne*, Documents SIGMA n°41, 2007, 102 pages ;

PIERRE BABANDO Jean, *La sous-traitance dans la construction*, Paris, Litec Lexis Nexis, 1^{ère} éd., 2004, 212 pages.

PREBISSY-SCHALL Catherine, *La pénalisation du droit des marchés publics*, Paris, L.G.D.J, 2002, 617 pages.

RICHER Laurent, LICHIERE François, *droit des contrats administratifs*, Paris, L.G.D.J, Lextenso, 10^{ème} éd., 2016, 778 pages.

OUVRAGES SPECIFIQUES

BESANÇON Xavier, « l'essai sur les contrats de travaux et de services publics, Contribution à l'histoire administrative de la délégation de service publique », L.G.D.J, 1999, pp. 3 à 22

MICHON Jérôme, *Les marchés publics en 100 questions*, Paris, Groupe Moniteur, 3^{ème} éd., 2008, 436 pages.

République du Bénin, *Guide de l'acheteur public*, Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP), Edition 2012, 143 pages.

ARTICLES

DURVIAUX Lawrence, « La procédure négociée : spécificités, opportunités et contraintes », (Bruxelles) sur invitation de l'Université catholique de Louvain, 6 mai 2010. Consulté en ligne sur le site : <https://www.google.com/>

GARDELLIN Maxime, « Le prix révisable dans les marchés publics », *Contrats Publics* – n°199 - Juin 2019, en ligne sur le site : <https://www.seban-associes.avocat.fr/wp-content/uploads/2019/07/M.-Gardellin.pdf>

GUEDJE Ludovic & GODJO Aubin, « La commande publique dans la réforme : quelle stratégie, quelles actions ? » in, *La LOLF dans tous ses états*, Ed : Centre des publications Universitaires de l'Université d'Abomey-Calavi, 2015, pp. 109-123

ASSOUMA MAMA Souleymane, *La problématique des marchés publics de travaux et l'approche du partenariat public privé au Bénin*, consulté en ligne sur le site : https://www.memoireonline.com/05/19/10786/m_La-problematique-des-marches-publics-de-travaux-et-l-approche-du-partenariat-public-privé-au-Ben1.html

KIRAT Thierry, « Réflexion sur les marchés publics de la défense », *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur GUIBAL Jean-Michel*, 2005, consulté en ligne sur

le

site :https://www.researchgate.net/publication/281534641_Reflexions_sur_les_marchés_publics_de_la_Defense

PITAUX Christophe, « L'accès aux marchés publics est facilité ! », in : les Echos entrepreneurs, mis en ligne le 12 janvier 2021, <https://business.lesechos.fr/entrepreneurs/juridique/16944553-l-acces-aux-marches-publics-est-facilite-341523.php>

République Islamique de Mauritanie, « Dossier type de demande de cotation : « Instructions aux fournisseurs », MIDEDEC-DGCT, 2015.

VIVIEN Anne-Cécile, « Les règles dérogatoires au code de la commande publique sont-elles toujours en vigueur ? » consulté sur le <https://institut-isbl.fr/les-regles-derogatoires-au-code-de-la-commande-publique-sont-elles-toujours-en-vigueur-de-lordonnance-du-25-mars-2019-au-projet-de-loi-asap/>

THÈSES ET MEMOIRES

AJJOUB Muhannad, *La notion de liberté contractuelle en droit administratif français*, Thèse de Doctorat de l'Université Panthéon-Assas Paris II, Soutenue le 20 mai 2016, 601 pages.

DIALLO Alassane, *Commande Publique au Sénégal : Efficacité de la dépense publique, enjeu de progrès économique et social pour les collectivités publiques*, Mémoire de Master en Administration publique, Ecole Nationale d'Administration, France, 2012-2013, soutenu le 06 mai 2013, 77 Pages ;

FROMAGEAT Victoria, *La place de la négociation dans les marchés publics*, Université de Montpellier I, Master II Contrats Publics & Partenariats 2010 – 2011, 97 pages.

POIROT- MAZERES Isabelle, *La représentation en droit administratif français*, Thèse de Doctorat en droit Public., Toulouse 1, 1989, p. XIV. Cité par Marie-Charlotte BONTRON, *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique*, thèse de doctorat, droit public, de l'Université de Montpellier 2015.

CODES, TEXTES ET LOIS

Circulaire n°2019-02/PR/ARMP/SP/DRAJ/SRR/SA du 03 juin 2019 portant passation des marchés relevant des seuils de dispense, des demandes de cotation et des dérogations

Circulaire n°2019-03/PRARMP/SP/DRAJ/SRR/SA du 03 juin 2019 :

- Portant utilisation du répertoire des prix de référence dans l'évaluation des besoins et l'élaboration des plans de passations de marché publics en République du Bénin et ;
- Fixant les conditions de rejet des offres anormalement élevées en République du Bénin ;

Circulaire n°2019-03/PRARMP/SP/DRAJ/SRR/SA du 03 juin 2019 clarifiant certaines dispositions de l'article 3 de la n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin

Circulaire n°2019-05/PRARMP/SP/DRAJ/SRR/SA du 17 juin 2019 portant application des dispositions relatives à la publication et notification de résultat d'évaluation.

Décret n°2020-604 du 23 décembre 2020 portant modalités spécifiques d'exclusion d'opérations d'achats ou d'entités du champ d'application du code des marchés publics.

Décret n°2018-198 du 05 juin 2018 portant composition du Gouvernement ;

Décret n°2018-233 du 13 juin 2018 fixant les procédures et modalités de passation des marchés publics relatifs aux besoins de défense et de sécurité nationale exigent le secret

Décret n°2016-292 du 17 mai 2016 fixant la structure-type des ministères ;

Décret n°2018-223 du 13 juin 2018 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics ;

Décret n°2018-224 du 13 juin 2018 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Direction nationale de contrôle des marchés publics ;

Décret n°2018-232 du 13 juin 2020 fixant les seuils de passation, de sollicitation de prix, de dispense, contrôle et d'approbation des marchés publics en République du Bénin.

Décret n°2018-233 du 13 juin 2020 fixant les procédures et modalités de passation des marchés publics relatifs aux besoins de défense et de sécurité nationale exigeant le secret.

Décret n°2018-225 du 13 juin 2018 portant attributions, organisation et fonctionnement des cellules de contrôle des marchés publics en République du Bénin ;

Décret n°2018-226 du 13 juin 2018 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Personne responsable des marchés publics et de la commission de passation des marchés publics ;

Décret n°2018-228 du 13 juin 2018 fixant les délais impartis aux organes de passation, de contrôle et d'approbation des marchés publics ;

Décret n°2018-229 du 13 juin 2018 portant approbation des documents types de passation des marchés publics en République du Bénin ;

Décret n°2013-122 du 06 mars 2013 portant conditions de protection spéciale des dénonciateurs, des témoins, des experts et victimes des actes de corruption ;

Décret n°2014-546 du 12 septembre 2014 portant délégation partielle du pouvoir d'approbation des marchés publics aux ministres ;

Décret n°2012-224 du 13 août 2012 portant Attribution, Organisation et Fonctionnement de l'ARMP ;

Décret n° 2010-496 du 26 novembre 2010 portant attributions, organisation et fonctionnement de la PRMP, des CPMP et des CCMP ;

Décret n°2010-496 du 26 novembre 2010 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Personne Responsable des Marchés Publics (PRMP), de Commissions de Passation et des Cellules de Contrôle des Marchés Publics.

Directive n°01/2000/CM/UEMOA du 29 juin 2000 portant adoption du document de conception du projet de réforme des marchés publics des Etats membres de l'UEMOA ;

Directive n°01/2009/CM/UEMOA modifiant celle n°02/2000/CM/UEMOA régissant les conditions d'engagement, de collecte, de programmation budgétaire ainsi que la place de la transparence et de l'information envers les citoyens.

Directive n°04/2012/CM/UEMOA du 28 septembre 2012 UEMOA relative à l'éthique et à la déontologie dans les marchés publics et les délégations de service public selon de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine ;

Directive n°04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine.

Directive n°05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine.

Loi n° 2020-26 du 29 décembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin.

Loi n°2019-40 du 07 novembre 2019 portant révision de la loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant constitution de la République du Bénin ;

Loi n°2016-24 du 28 juin 2017 portant cadre juridique des contrats de partenariat public-privé en République du Bénin ;

Loi n°2011-20 du 12 octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du Bénin ;

JURISPRUDENCES ET DECISIONS

C.E du 17 mars 2017, M. Perez et Ordre des Avocats de Paris, req. n°403768;

CE du 09 mars 2016, conseil national des Barreaux, req. n°393589, JCP A 2016 « possibilité d'aller plus loin que les exigences de la directives en matière des marchés publics »

Décision N°2020-87/ARMP/PR-CR/CRD/SP/SA du 27 novembre 2020 ; a-Déclarant irrégulière la procédure de résiliation du contrat 033/APB/MJL/PTMP/CCMP/AC/S-PRMP du 07 novembre 2019 relatif aux travaux d'extension à la prison civile d'Abomey

SITES INTERNET

<https://www.armac.bj/> : site de l'autorité de régulation des marchés publics du Bénin

www.marchés-publics.bj : site de publication des marchés publics du Bénin

www.marches-publics-afrique.com : site de publication des marchés publics en Afrique

www.marche-public.fr : site de publication des marchés public en France

TABLE DES MATIERES

AVERTISSEMENT	i
DEDICACE	ii
REMERCIEMENTS	iii
LISTE DES SIGLES	iv
SOMMAIRE	v
INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE : UNE UTILISATION SUFFISAMMENT ENCADREE	5
CHAPITRE 1 : UN ENCADREMENT JURIDIQUE RIGOUREUX	7
Section 1 : Un champ délimité par la loi	7
Paragraphe 1 : Une dualité d'ordre juridique existante	7
A- La réglementation interne applicable	8
B- Le recours à l'ordre juridique communautaire	10
Paragraphe 2 : Les principes gouvernants les procédures dérogatoires	11
A- Une pluralité de principes applicables à la commande publique	11
B- La restriction des principes applicables du fait des mesures dérogatoires	12
Section 2 : Un cadre structurel règlementé	14
Paragraphe 1 : Les structures objet de procédures dérogatoires	14
A- Les besoins de défense et de sécurité nationale	15
B- Les autres cas d'exclusion légales	17
Paragraphe 2 : Les services soumis aux procédures dérogatoires	18
A- Une pluralité de services	18
B- Les dérogations accordées aux autorités contractantes	19
CHAPITRE 2 : UNE MISE EN ŒUVRE SUFFISAMMENT ORGANISEE	21
Section 1 : Le marché par entente directe (ou le marché de gré à gré)	21
Paragraphe 1 : Les conditions de conclusion de marché par entente directe	21
A- Les conditions préalables	21
B- Une délégation de pouvoirs aux services internes et départementaux	23
Paragraphe 2 : Le déroulement de la procédure négociée	24
A- Le déroulement et la conduite des procédures	24
B- Une procédure avec ou sans publicité et mise en concurrence préalable	26
Section 2 : Les autres procédures dérogatoires applicables	27
Paragraphe 1 : La procédure de sollicitation de prix	27
A- La demande de renseignement et de prix	27
B- La demande de cotation	28

Paragraphe 2 : L'étendue des procédures dérogatoires ou l'appel d'offre restreint.....	29
A- Le seuil de dispense des procédures de passation des marchés publics.....	29
B- La procédure applicable aux marchés de défense ou de sécurité et à l'appel d'offre restreint	30
PARTIE 2 : UN MECANISME DISCUTABLE.....	33
CHAPITRE 1 : LA COMPLEXITE DU MECANISME.....	35
Section 1 : Du fait de l'absence de contrôle	35
Paragraphe 1 : Des contrôles basés sur des seuils.....	35
A- La relativité du contrôle.....	36
B- Une approbation par délégation de pouvoir	37
Paragraphe 2 : Le recours devant le juge	38
A- Le recours devant le juge administratif.....	39
B- Le recours devant le juge judiciaire.....	40
Section 2 : Du fait de la non-maîtrise des prix	42
Paragraphe 1 : La fixation du prix	42
A- Les modalités de détermination du prix.....	42
B- De la révision du prix	44
Paragraphe 2 : Le paiement.....	46
A- Un procédé multiple	46
B- L'interdiction de paiement différé.....	48
CHAPITRE 2 : UN MECANISME PERFECTIBLE	49
Section 1 : Les difficultés liés aux mesures dérogatoires	49
Paragraphe 1 : Les difficultés d'ordre juridique	49
A- Une insécurité juridique constatée.....	49
B- Le recours à l'intérêt général dans le choix des procédures.....	51
Paragraphe 2 : Les difficultés d'ordre procédural.....	51
A- Une complexité remarquable dans les procédures existantes.....	52
B- Une harmonisation manquante des procédures au plan communautaire.....	53
Section 2 : La nécessité d'une réforme.....	54
Paragraphe 1 : Des réformes normatives attendues	54
A- L'instauration d'un recueil des textes adaptés aux procédures dérogatoires.....	54
B- L'Uniformisation des procédures dérogatoires	55
Paragraphe 2 : Des réformes structurelles attendues.....	56
A- La centralisation des structures adjudicatrices	57
B- Création d'un dispositif de circonstances exceptionnelles.....	58
CONCLUSION.....	60

BIBLIOGRAPHIE	63
TABLE DES MATIERES	70