

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail - Liberté - Patrie



Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

**DECISION N° 021-2019/ARMP/CRD DU 29 MARS 2019
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DE L'ENTREPRISE DES
TECHNICIENS DU BATIMENT (ETB) CONTESTANT LES RESULTATS
PROVISOIRES DE L'APPEL D'OFFRES NATIONAL
N° 005/2018/MAEP/SG/PRMP/PASA/SPM DU 22 MARS 2018 DU
MINISTERE DE L'AGRICULTURE, DE LA PRODUCTION ANIMALE ET
HALIEUTIQUE RELATIF AUX TRAVAUX DE CONSTRUCTION DES
INFRASTRUCTURES AU PROFIT DES ENTREPRISES DE SERVICES ET
ORGANISATIONS DE PRODUCTEURS (ESOP) ET ZONES
D'AMENAGEMENT AGRICOLE PLANIFIEE (ZAAP) (LOT N° 11)**

**LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
FORMATION LITIGES,**

Vu la loi n° 2009-013 du 30 juin 2009 relative aux marchés publics et délégations de service public ;

Vu le décret n° 2009-277/PR du 11 novembre 2009 portant code des marchés publics et délégations de service public ;

Vu le décret n° 2009-296/PR du 30 décembre 2009 portant missions, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics modifié par le décret n° 2011-182/PR du 28 décembre 2011 ;

Vu le décret n° 2015-009/PR du 22 janvier 2015 portant nomination au Conseil de régulation de l'Autorité de régulation des marchés publics ;

Vu l'arrêté n°013/MEF/CAB/SG du 13 février 2019 portant nomination du Directeur général de l'Autorité de régulation des marchés publics par intérim ;



Vu la décision n° 002/2012/ARMP/CR du 03 janvier 2012 portant règlement intérieur du Conseil de régulation des marchés publics ;

Vu la décision n° 001/2015/ARMP/CR du 10 février 2015 portant nomination des membres du Comité de règlement des différends (CRD) ;

Vu la requête non référencée du 21 février 2019 introduite par l'Entreprise des techniciens du bâtiment (ETB) et enregistrée le 22 février 2019 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 0432 ;

Sur le rapport du Directeur général de l'Autorité de régulation des marchés publics par intérim ;

En présence de Monsieur Kuami Gaméli LODONOU, Président de séance et de Messieurs Konaté APITA, Abeyeta DJENDA membres dudit Comité ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Adopte la présente décision portant sur le bien-fondé du recours ;

Par lettre n° 0495/ARMP/DG/DRAJ du 25 février 2019, la direction générale de l'ARMP a réclamé à la Personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante la documentation utile à l'instruction du dossier ;

Par décision n° 013-2019/ARMP/CRD du 26 février 2019, le Comité de règlement des différends de l'ARMP a reçu le recours de l'entreprise ETB et a ordonné la suspension de l'appel d'offres sus-indiqué jusqu'au prononcé de la décision au fond.

Par lettre n° 258/MAPAH/Cab/PRMP/PASA/SPM du 04 mars 2019, reçue le même jour au secrétariat du CRD et enregistrée sous le numéro 0525, la Personne responsable des marchés publics du ministère de l'agriculture, de la production animale et halieutique a fait parvenir à l'ARMP la documentation ainsi réclamée.

LES FAITS

Le ministère de l'agriculture, de la production animale et halieutique a lancé le 22 mars 2018, à travers le Projet d'appui au secteur agricole (PASA), l'appel d'offres national n° 005/2018/MAEP/SG/PRMP/PASA/SPM relatif aux travaux de construction des infrastructures au profit des entreprises de services et organisations de producteurs (ESOP) et zones d'aménagement agricole planifiée (ZAAP) dans les cinq (5) régions du Togo.



Les travaux à réaliser sont répartis en vingt (20) lots dont le lot n° 11 relatif aux travaux de construction d'un magasin de 300 tonnes, d'un magasin de 100 tonnes, d'un bloc administratif, d'une clôture avec guérite au profit de l'ESOP soja à Nyamassila.

A la date limite de dépôt des offres initialement fixée au 10 mai 2018 et reportée au 11 mai 2018, la commission de passation des marchés publics du ministère de l'agriculture, de la production animale et halieutique a reçu et ouvert les offres de quarante-sept (47) soumissionnaires dont celles des entreprises ETB et APPROBAS-B.

A l'issue de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a déclaré attributaire provisoire du lot n° 11, l'entreprise APPROBAS-B pour un montant toutes taxes comprises (TTC) de quatre-vingt-onze millions sept cent quatre-vingt-neuf mille six cent dix-neuf (91 789 619) francs CFA.

Après l'avis de non objection de la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) donné par lettre n° 0323/MEF/DNCMP/DDCI du 25 janvier 2019 sur le rapport d'évaluation des offres, la Personne responsable des marchés publics du ministère de l'agriculture, de la production animale et halieutique a, par lettre n° 168/MAPAH/Cab/PRMP/PASA du 07 février 2019, informé tous les soumissionnaires y compris l'entreprise ETB des résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné et corrélativement du rejet de son offre.

Non satisfaite, l'entreprise ETB a, par requête enregistrée le 22 février 2019, saisi le Comité de règlement des différends pour contester le rejet de son offre pour le lot n° 11.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

L'entreprise ETB conteste les résultats provisoires du lot n° 11 de l'appel d'offres susmentionné et soutient à l'appui de son recours :

- que son offre a été déclarée non conforme au motif que le poste « installation et repli de chantier » est omis, alors que ledit poste ne figure ni dans le bordereau des prix ni dans le cadre de devis du dossier d'appel d'offres transmis aux candidats ;
- que même si l'autorité contractante reconnaît avoir oublié d'insérer ce poste dans le DAO lors de sa transmission aux candidats et qu'elle a souhaité y remédier à la réunion de présentation du projet à laquelle elle n'avait pas pu prendre part, l'information aurait dû lui être portée avant la date limite de dépôt des offres afin qu'elle en tienne compte dans sa soumission ;



- qu'à la limite, l'impact financier de ce poste pourrait être considéré tacitement pris en compte dans son offre qui présente un avantage économique certain pour l'autorité contractante par rapport à ses concurrents ;
- qu'en tout état de cause, l'information concernant le poste sus-indiqué ne lui ayant pas été fournie par l'autorité contractante, celle-ci ne saurait valablement lui opposer une quelconque omission y afférente pour rejeter son offre ;
- qu'au regard de ce qui précède, elle estime être injustement évincée de l'attribution du marché et demande au Comité de règlement des différends de bien vouloir la rétablir dans ses droits.

LES MOYENS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

Dans son mémoire en réponse, l'autorité contractante soutient :

- que l'offre de la requérante a été déclarée non conforme par la sous-commission d'analyse en raison de l'omission du poste « installation et repli de chantier » dans son cadre de devis ;
- qu'elle reconnaît avoir omis ce poste dans les quinze premiers lots du dossier d'appel d'offres transmis aux candidats ;
- que pour remédier à cette erreur, elle a demandé à tous les soumissionnaires de prendre en compte ce poste dans la préparation de leurs offres lors d'une réunion de présentation du projet organisée le 13 avril 2018 à leur attention ;
- que cette recommandation modificative du DAO a été consignée dans un procès-verbal transmis à tous les candidats présents ;
- qu'en prenant en compte le nombre considérable d'ouvrages à réaliser et les mesures de sauvegarde environnementale qu'ils impliquent, le poste susnommé revêt une importance telle que son omission ne saurait être tolérée ;
- que de plus, l'invitation à la réunion de présentation du projet ayant été faite dans l'avis d'appel d'offres et dans les données particulières du DAO transmis aux candidats, la requérante qui était absente à cette réunion ne saurait se prévaloir du caractère facultatif de cette réunion pour justifier son absence et le non retrait du procès-verbal qui comporte les importantes orientations données aux soumissionnaires ;
- que par ailleurs, l'allégation de la requérante suivant laquelle elle a tacitement pris en compte ledit poste dans son cadre de devis et dans son offre n'est pas avérée, puisque son offre ne comporte que le poste « implantation du bâtiment » qui ne saurait être assimilé au poste omis ;



- qu'elle tient à souligner que dans la première version du rapport d'évaluation des offres transmis à la DNCMP, face au constat de l'omission du poste « installation et replis de chantier » dans l'offre de la plupart des soumissionnaires, la sous-commission d'analyse avait opté pour un traitement souple en appliquant à leur offre financière, le prix le plus élevé proposé par les autres soumissionnaires audit poste, mais que cette approche n'ayant pas emporté l'adhésion de la DNCMP, celle-ci a dû se raviser en appliquant les clauses du DAO et du procès-verbal de réunion dans leur rigidité ;
- qu'au regard de tout ce qui précède, elle demande au Comité de règlement des différends de bien vouloir déclarer non fondé le recours de l'entreprise ETB et d'ordonner la mainlevée de la mesure de suspension prononcée par décision n° 013-2019/ARMP/CRD du 26 février 2019.

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur l'exhaustivité de l'offre de la requérante.

EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

Considérant qu'au cours de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse ayant constaté que l'offre du soumissionnaire ETB au lot n° 11 ne comporte pas le poste « installation et repli de chantier », l'a rejetée comme non conforme aux exigences du DAO ;

Considérant que ledit soumissionnaire conteste ce motif de rejet de son offre en arguant n'avoir jamais reçu la notification de l'acte modificatif du DAO qui recommande aux soumissionnaires d'intégrer le poste omis dans leurs offres ;

Considérant que conformément à la clause IAS 8.1 de la section II du dossier d'appel d'offres, l'autorité contractante a convié tous les candidats à une réunion de présentation du projet qui s'est tenue le 13 mars 2018 avant la date limite de dépôt des offres ;

Que suite aux questions posées au cours de cette réunion par un participant sur l'absence du poste « installation et repli de chantier » des cadres de devis et bordereaux des prix des lots n° 1 à 15 de l'appel d'offres, l'autorité contractante a fait savoir qu'il s'agissait d'une omission du DAO et leur a recommandé de prendre en compte ce poste important pour la bonne exécution des travaux dans la préparation de leurs offres ; que cette recommandation a été consignée dans le procès-verbal de réunion transmis aux candidats présents ;



Considérant qu'à l'issue de la réunion de présentation du projet, l'autorité contractante a fait dresser une liste de présence et une liste de retrait annexées au procès-verbal de réunion qu'elle a versé au dossier ; que cependant, ces documents ne font aucunement mention des dénominations, adresses, contact et émargement de l'entreprise ETB ;

Qu'il résulte de ce constat que non seulement la requérante n'était pas présente à la réunion sus-indiquée, mais aussi que l'autorité contractante n'a daigné lui notifier le procès-verbal modifiant le DAO aux fins d'en tenir compte dans la préparation de ses offres ;

Considérant qu'il ressort de l'article 39 du code des marchés publics et de la combinaison des clauses 11.1 et 11.2 des instructions aux soumissionnaires (Amendements apportées au dossier d'appel d'offres) que pour être valables et considérés comme faisant partie intégrante d'un dossier d'appel d'offres, les amendements ou addendas doivent préalablement être publiés et communiqués par écrit à tous les soumissionnaires moyennant un accusé de réception ;

Considérant que l'obligation de publicité et de communication des amendements ci-dessus assignée à l'autorité contractante obéit aux principes fondamentaux de transparence et d'égalité de traitement des candidats qui régit la passation des marchés publics ;

Qu'en l'espèce, non seulement l'autorité contractante n'a pas estimé nécessaire d'élaborer et de faire publier un procès-verbal spécifique qui récapitule les modifications à prendre en compte dans le DAO initialement transmis aux candidats, mais aussi, elle n'a pas pu notifier le procès-verbal de réunion recommandant les modifications aux candidats ayant acquis le dossier d'appel d'offres et qui étaient absents à la réunion ;

Considérant que l'autorité contractante tente de justifier sa défaillance en reprochant à la requérante de n'avoir pas participé à la réunion de présentation du projet où l'information relative aux amendements du DAO a été communiquée aux candidats ;

Que contrairement à cet argumentaire, dès lors que l'obligation réglementaire de publicité et d'information est formellement assignée à l'autorité contractante, celle-ci ne saurait s'en exonérer en invoquant une quelconque négligence du candidat ;

Considérant qu'en choisissant de ne notifier les changements à prendre en compte dans le DAO qu'aux candidats présents à la réunion, l'autorité contractante a privé le soumissionnaire absent, en l'occurrence l'entreprise ETB d'une information essentielle pourtant nécessaire à la préparation de son offre ;



Que bien plus, ce traitement discriminatoire adopté par la sous-commission d'analyse qui permet, dans une même procédure d'appel à la concurrence, à certains soumissionnaires d'intégrer un poste dans leurs cadres de devis alors que ce poste n'est pas pris en compte chez le concurrent, rend impossible toute comparaison des offres sur une base égalitaire ;

Considérant que suivant le point 5 du préambule des formulaires de bordereau des prix et détail quantitatif et estimatif du dossier type de passation des marchés de travaux, lorsqu'un poste n'est pas spécifié, le coût correspondant sera considéré comme distribué parmi les prix mentionnés pour des postes correspondants des travaux ;

Considérant qu'en l'espèce, l'omission du poste constaté n'est pas imputable à la requérante dans la mesure où, d'une part, ce poste a été ignoré dans le DAO et d'autre part, le procès-verbal contenant les modifications relatives audit ne lui a pas été notifié ;

Considérant que les irrégularités ci-dessus relevées portent sérieusement atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats et sont susceptibles d'entraîner l'annulation de la procédure de passation du lot concerné ;

Considérant cependant que dans le souci de remédier à ces irrégularités tout en garantissant le respect du principe sus-évoqué en faisant application de la clause relative à l'omission d'un poste, il convient, dans ces conditions, de comparer, exclusivement aux fins d'évaluation, les offres de tous les soumissionnaires en ne prenant pas en compte le prix relatif au poste « l'installation et repli de chantier » ;

Considérant qu'au regard de tout ce qui précède, il convient d'ordonner l'annulation des résultats provisoires du lot n° 11 et la reprise de l'évaluation des offres relatives audit lot.

DECIDE :

- 1) Déclare le recours de l'entreprise ETB fondé ;
- 2) Ordonne en conséquence l'annulation des résultats provisoires du lot n°11 et la reprise de l'évaluation des offres relatives audit lot ;
- 3) Dit que la présente décision est immédiatement exécutoire nonobstant toutes voies de recours ;



- 4) Dit que le Directeur général de l'ARMP par intérim est chargé de notifier à l'entreprise ETB, au ministère de l'agriculture, de la production animale et halieutique, ainsi qu'à la Direction nationale du contrôle des marchés publics, la présente décision qui sera publiée.

LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS (CRD)

LE PRESIDENT DE SEANCE


Kuami Gaméli LODONOU

LES MEMBRES


Konaté APITA


Abeyeta DJENDA