

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail - Liberté - Patrie



Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

**DECISION N° 025-2019/ARMP/CRD DU 12 AVRIL 2019
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE
ANTEOR SARL CONTESTANT LES RESULTATS PROVISOIRES DU LOT
N° 1 DE L'APPEL D'OFFRES RESTREINT N° 006/2018/FNGPC COOP-CA
DU 20 NOVEMBRE 2018 DE LA NOUVELLE SOCIETE COTONNIERE
DU TOGO (NSCT) RELATIF A LA FOURNITURE D'INSECTICIDES,
CAMPAGNE 2019-2020**

**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 référencée 0008/2019/C/ANT/ARMP/CRD du 04 mars 2019, introduite par la société ANTEOR Sarl et enregistrée le même jour au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 0526 ;

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

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

Après en avoir délibéré conformément à la loi et aux principes généraux de la régulation ;

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

Par lettre n° 0638/ARMP/DG/DRAJ du 07 mars 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° 018-2019/ARMP/CRD du 11 mars 2019, le Comité de règlement des différends de l'ARMP a reçu le recours de la société ANTEOR Sarl et a ordonné la suspension de l'appel d'offres sus-indiqué jusqu'au prononcé de la décision au fond.

Par bordereau n° 116/2019/NSCT/DG/PRMP du 13 mars 2019, reçu le même jour au secrétariat du CRD et enregistré sous le numéro 0627, la Personne responsable des marchés publics de la Nouvelle société cotonnière du Togo a fait parvenir à l'ARMP la documentation ainsi réclamée.

LES FAITS

La Nouvelle société cotonnière du Togo (NSCT) a lancé le 20 novembre 2018, l'appel d'offres restreint n° 006/2018/FNGPC COOP-CA relatif à la fourniture d'insecticides campagne 2019-2020.

Les fournitures sollicitées sont réparties en trois (3) lots dont le lot n° 1 concerne des produits binaires acaricides à la dose élevée (formulation EC) destinés au traitement d'une superficie totale de 66 508 hectares et de quantités respectives de 199 524 litres ou 99 786 litres suivant les doses retenues.

A la date limite de dépôt des offres initialement fixée au 26 décembre 2018 et reportée au 09 janvier 2019, la commission de passation des marchés publics de la NSCT a reçu et ouvert les offres présentées par sept (7) soumissionnaires dont les sociétés ANTEOR Sarl et SPAI Sarl.



A l'issue de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a déclaré attributaire provisoire du lot n° 1, la société SPAI pour un montant DAP rendu magasins centraux NSCT de quatre cent vingt-huit millions neuf cent soixante-seize mille six cent (428 976 600) francs CFA.

Après l'avis de non objection de la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) donné par lettre n° 0480/MEF/DNCMP/DRMP&DDCI du 08 février 2019 sur le rapport d'évaluation des offres, la personne responsable des marchés publics de la NSCT a, par lettre n° 51/2019/NSCT/DG/PRMP du 15 février 2019, informé tous les soumissionnaires y compris la société ANTEOR Sarl des résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné et corrélativement du rejet de son offre.

Par lettre n°0004/2019/C/ANT/NSCT/PRMP du 20 février 2019, la société ANTEOR Sarl a contesté les résultats provisoires du lot n° 1 par un recours gracieux adressé à la Personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante qui l'a rejeté comme non fondé.

Non satisfaite, ladite société a, par lettre n° 0008/2019/C/ANT/ARMP/CRD du 04 mars 2019, saisi le Comité de règlement des différends pour contester le rejet de son offre.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

La société ANTEOR Sarl conteste les résultats provisoires du lot n° 1 de l'appel d'offres susmentionné et soutient à l'appui de son recours :

- que l'attributaire provisoire du marché, ne répond pas à l'exigence de réalisation de chiffre d'affaires annuel moyen au cours des trois dernières années (2015, 2016 et 2017) posée dans le dossier d'appel d'offres restreint d'autant plus qu'il n'a démarré ses activités qu'en mars 2016 suivant l'annonce légale ;
- que la société SPAI ne satisfait pas non plus au critère de conditionnement des insecticides puisqu'à la séance d'ouverture des plis, elle a fourni des échantillons d'emballage en flacon de 0,5 litres correspondant à la dose de traitement d'un (1) hectare, alors que pour les produits à forte concentration ou de moins d'un (1) litre par hectare comme celui proposé par ladite société, il est requis des soumissionnaires des emballages d'une dose de traitement de 0,25 ha ou 0,50 ha qui équivalent à la contenance de 0,25 litre ou 0,125 litre ;



- qu'elle s'étonne qu'en dépit de la non-conformité des emballages présentés par la société SPAI Sarl aux exigences du DAOR, l'autorité contractante se soit appuyée sur une opinion extérieure et non opposable aux soumissionnaires émise par l'ITRA pour l'attribution du lot contesté ;
- 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 bien qu'elle n'ait été créée qu'en 2016 et qu'il lui soit impossible de fournir le états de 2015, la société SPAI satisfait à l'exigence de réalisation de chiffre d'affaires annuel moyen au cours des trois dernières années (2015, 2016 et 2017) posée dans le dossier d'appel d'offres restreint (DAOR) ;
- qu'en effet, la moyenne des chiffres d'affaires des années 2016 et 2017 fournis par ladite société est largement supérieure à la moitié de son offre financière requise par le DAOR ;
- que de plus ce soumissionnaire a fourni une attestation de capacité financière dont le montant est largement supérieur à la moitié de son offre ;
- que c'est sur la base des dispositions réglementaires en vigueur qui autorisent le soumissionnaire qui n'est pas en mesure de produire les références demandées à prouver sa capacité financière par tout autre document approprié que la sous-commission d'analyse a jugé satisfaisante les références fournies par la société SPAI Sarl ;
- que par ailleurs, s'agissant de l'allégation relative à la non-conformité des emballages fournis par l'attributaire provisoire, elle tient à préciser que le produit de nom commercial DELTAPRO FV 620 EC proposé par ledit soumissionnaire a été confirmé non classé parmi les produits à forte concentration par l'ITRA, ce qui rend par conséquent recevable lesdits emballages ;
- qu'en définitive, c'est la confirmation de la faible concentration du produit qui a déterminé la tolérance des emballages proposés ;
- 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 la société ANTEOR Sarl 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 la conformité de l'offre du soumissionnaire SPAI aux spécifications techniques du dossier d'appel d'offres restreint et sur la capacité financière dudit soumissionnaire.

EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

➤ Sur la non-conformité des échantillons d'emballages fournis

Considérant que le lot n°1 de l'appel d'offres restreint a pour objet la fourniture d'insecticide binaire acaricide à dose élevée pour la protection des cotonniers ;

Considérant qu'au point 3 de la section III du DAOR, l'autorité contractante a défini les caractéristiques techniques auxquelles doivent répondre les insecticides à acquérir en détaillant dans un tableau une variété de mélanges possibles de matières actives que les soumissionnaires peuvent composer ainsi que les dosages appropriés y afférents ;

Qu'à titre d'exemple, il ressort du tableau sus-indiqué que le produit constitué du mélange du Deltaméthrine 20 g/l et du Profénofos 600g/l s'utilise à la dose de 0,5 litre/ha ;

Considérant qu'à la suite des spécifications sus-indiquées des produits, l'autorité contractante a défini, leurs critères de conditionnement et d'emballage en exigeant la fourniture d'un échantillon d'emballage pour chaque type de produit proposé ; qu'en l'occurrence il est spécifié que pour les produits à forte concentration ou de moins d'un (1) litre par hectare, les fournisseurs proposeront des conditionnements en flacon ou sachet dose pour le traitement de 0,25 ha ou 0,50 ha ;

Considérant qu'en réponse aux exigences du DAOR, la société SPAI Sarl a proposé de livrer un produit dénommé DELTAPRO FV 620 EC, composé du Deltaméthrine 20 g/l et du Profénofos 600g/l ; qu'au titre du conditionnement et des emballages, le soumissionnaire a fourni un échantillon en bidon de 0,5 litre destiné au traitement d'une surface de 1 ha ;

Qu'en se fondant sur l'opinion émise par l'ITRA selon laquelle le produit proposé par la société SPAI Sarl ne serait pas classé parmi les produits à forte concentration, la sous-commission d'analyse a estimé que l'échantillon d'emballage fourni devait être accepté et reconnu conforme ;



Considérant que la société ANTEOR Sarl conteste cette prise en compte en arguant que l'emballage fourni par sa concurrente n'est pas conforme aux spécifications du DAOR ; qu'elle relève en outre que l'autorité contractante ne peut faire fi des dispositions du DAOR pour opposer aux soumissionnaires l'opinion de l'ITRA sur laquelle elle se fonde pour attribuer le lot contesté ;

Considérant qu'aux termes de l'article 57 du code des marchés publics, l'évaluation des offres se fait sur la base de critères économiques, financiers et techniques, mentionnés dans le dossier d'appel d'offres afin de déterminer l'offre conforme évaluée la moins disante ;

Qu'en application de cette disposition, il ne saurait être fait appel à des critères nouveaux ou extérieurs au dossier d'appel d'offres pour apprécier l'offre d'un soumissionnaire ;

Considérant qu'en l'espèce, il est constant que la société SPAI Sarl a proposé de livrer un produit dont la dose de concentration est de moins de 1 litre par hectare ; que suivant les prescriptions du DAOR, ce produit devait être conditionné dans un emballage destiné soit au traitement d'une surface de 0,5 ha, soit à celle de 0,25 ha ;

Considérant cependant que l'instruction du dossier a permis de constater que la société SPAI Sarl a fourni un échantillon en bidon de 0,5 litre destiné au traitement d'une surface de 1 ha ; qu'il en résulte incontestablement que l'échantillon d'emballage fourni ne répond pas à l'exigence de conditionnement du DAOR ;

Que dès lors qu'il est établi que ledit soumissionnaire ne répond pas à l'exigence d'emballage du DAOR, l'autorité contractante aurait dû, en application de la disposition susvisée du Code des marchés publics, simplement rejeter son offre, au lieu de recourir à une opinion extérieure audit dossier pour lui attribuer le marché objet du lot contesté ;

➤ **Sur la non production du chiffre d'affaires de l'année 2015**

Considérant que la société ANTEOR Sarl reproche à l'autorité contractante d'avoir attribué le lot n° 1 à la société SPAI Sarl, alors que ledit soumissionnaire qui ne dispose pas du chiffre d'affaires de l'année 2015 n'a pas pu satisfaire à l'exigence de qualification financière du dossier d'appel d'offres restreint (DAOR) ;

Considérant que suivant la clause IC 5.1 des données particulières de l'appel d'offres, il est exigé des soumissionnaires de prouver qu'ils ont réalisé un chiffre d'affaires annuel moyen au cours des trois (3) dernières années (2015, 2016 et 2017) au moins égal à la moitié du montant de leurs offres financières.

 6

Considérant que suivant l'extrait du registre du commerce produit dans son offre, la société SPAI Sarl est créée en 2016 ; qu'en raison de son jeune âge, celle-ci n'a répondu à l'exigence du DAOR qu'en fournissant les états financiers des années 2016 et 2017 qui font respectivement ressortir les chiffres d'affaires de 2 012 000 000 de francs CFA et 1 810 800 000 francs CFA ;

Considérant que dans la pratique des marchés publics, l'exigence du chiffre d'affaires vise en réalité à apprécier, sur une période de temps donné, le volume des activités antérieures du soumissionnaire par rapport au marché envisagé ;

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 48 du code des marchés publics, si, pour une raison justifiée, le soumissionnaire n'est pas en mesure de produire les références demandées par l'autorité contractante, il est autorisé à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document considéré comme approprié par l'autorité contractante ;

Considérant qu'en l'espèce, l'autorité contractante justifie la prise en compte des chiffres d'affaires sus-indiqués fournis par la société SPAI d'une part, par le fait que leur moyenne dépasse largement la moitié du montant de son offre tel que requis par le DAOR, et d'autre part, par le fait que ladite société a fourni une attestation de capacité financière dont le montant, également supérieur à la moitié de son offre, constitue un document approprié susceptible de prouver sa capacité économique et financière, ainsi que l'admet la disposition réglementaire susvisée ;

Considérant cependant que contrairement à l'argumentaire de l'autorité contractante, le document substitutif visé par l'article précité ne doit pas être confondu avec l'attestation de facilité de crédit également exigée par le DAOR aux fins de justification de la capacité financière ;

Que de plus, la production de ce document doit émaner de l'initiative personnelle expressément exprimée du soumissionnaire dans son offre et non de l'autorité contractante tel qu'elle tente de le justifier dans le cas présent ;

Considérant qu'il est constant qu'en dehors des chiffres d'affaires des deux années sus-évoqués et de l'attestation de capacité financière également produite, la société SPAI Sarl n'a fourni aucun document substitutif du chiffre d'affaires de l'année 2015 manquant, susceptible de prouver sa capacité économique et financière exigée par le DAOR ;

Qu'il s'ensuit que ladite société ne s'est conformée ni aux exigences du DAOR, ni à celles de la réglementation des marchés publics relatives à la justification de la capacité financière des soumissionnaires ;



Qu'il convient donc de dire qu'en se contentant de prendre en compte les chiffres d'affaires des deux années fournis par la société SPAI Sarl pour préjuger de sa capacité financière pour exécuter le marché du lot contesté, l'autorité contractante n'a pas fait une juste application des dispositions susvisées ; qu'ainsi, le grief y relatif soulevé par la requérante est fondé et mérite d'être considéré ;

Qu'au regard de tout ce qui précède, il convient de déclarer le recours de la société ANTEOR Sarl fondé en ses moyens et d'ordonner l'annulation et la reprise de l'évaluation des offres du lot n° 1 de l'appel d'offres restreint sus-indiqué ;

DECIDE :

- 1) Déclare le recours de la société ANTEOR Sarl fondé ;
- 2) Ordonne en conséquence l'annulation des résultats provisoires et la reprise de l'évaluation des offres relatives au lot n° 1 de l'appel d'offres restreint sus-indiqué ;
- 3) Dit que la présente décision est immédiatement exécutoire nonobstant toutes voies de recours ;
- 4) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la société ANTEOR Sarl, à la Nouvelle société cotonnière (NSCT), ainsi qu'à la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP), 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