

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail - Liberté - Patrie



Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

**DECISION N° 029-2020/ARMP/CRD DU 25 JUIN 2020
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE
BLESSING-NET SARL U CONTESTANT LES RESULTATS PROVISOIRES
DE L'APPEL D'OFFRES OUVERT N° 01/2020/METFIP/PRMP/DECC DU
02 MARS 2020 DU MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT TECHNIQUE, DE
LA FORMATION ET DE L'INSERTION PROFESSIONNELLES RELATIF
A LA FOURNITURE DE MATERIELS ET MATIERES D'ŒUVRE POUR
L'ORGANISATION DES EXAMENS DU BAC 1 ET DU
CAP SESSION 2020 (LOTS N° 1 & N° 3)**

**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 d'un Directeur général par intérim de l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) ;



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 datée du 02 juin 2020 introduite par la société BLESSING-NET Sarl U et enregistrée le même jour au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 1008 ;

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

En présence de Madame Ayélé DATTI, Président, de Messieurs Konaté APITA, Abeyeta DJENDA et Kuami Gaméli LODONOU, membres dudit Comité ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

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

Par requête enregistrée le 02 juin 2020 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 1008, la société BLESSING NET Sarl U ayant son siège social à Lomé, Boulevard des armées, 1^{ère} rue à droite après le 4^{ème} arrondissement en allant vers Tokoin, 06 BP 61390, Tel : 90 12 72 04 / 22 20 72 04, représentée par Monsieur EGOH Kossi, son Gérant, a saisi le Comité de règlement des différends d'un recours en contestation des résultats provisoires des lots n° 1 et n° 3 de l'appel d'offres ouvert n° 01/2020/METFIP/PRMP/DECC du 02 mars 2020 du ministère de l'enseignement technique, de la formation et de l'insertion professionnelles relatif à la fourniture de matériels et matières d'œuvre pour l'organisation des examens du BAC 1 et du CAP session 2020.

SUR LA RECEVABILITE

Considérant qu'il résulte de la combinaison des articles 122 et 125 du décret n° 2009-277/PR du 11 novembre 2009 portant code des marchés publics et délégations de service public que tout candidat ou soumissionnaire s'estimant injustement évincé des procédures de passation des marchés publics et délégations de service public peut introduire un recours effectif préalable à l'encontre des procédures et décisions rendues à l'occasion de la procédure de passation leur causant préjudice, devant la personne responsable des marchés publics ;

Que les décisions rendues au titre de l'article précédent peuvent faire l'objet de recours devant l'Autorité de régulation des marchés publics dans un délai maximum de cinq (05) jours ouvrables à compter de la date de notification de la décision faisant grief ;



Considérant qu'il résulte des faits que par lettre n° 344/METFP/CAB/SG/PRMP datée du 13 mai 2020 et reçue le 14 mai 2020, la Personne responsable des marchés publics du ministère de l'enseignement technique, de la formation et de l'insertion professionnelle a informé le soumissionnaire BLESSING-NET Sarl U des résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné et corrélativement du rejet ses offres ;

Considérant que par lettre datée du 19 mai 2020, adressée le même jour à l'autorité contractante, la société BLESSING-NET Sarl U a contesté les résultats provisoires par un recours gracieux ;

Considérant que par lettre n° 0391/2020/METFIP/CAB/PRMP du 22 mai 2020, notifiée le même jour, l'autorité contractante a rejeté le recours gracieux introduit par la requérante comme non fondé ;

Que non satisfaite, la société BLESSING-NET Sarl U a, par lettre datée du 02 juin 2020, saisi le Comité de règlement des différends pour contester le rejet de ses offres ;

Considérant que pour saisir le Comité de règlement des différends, la requérante dispose d'un délai maximum de cinq (5) jours ouvrables à compter du lendemain de la date de notification de la décision de la personne responsable des marchés publics faisant grief ou en l'absence de réponse, de l'expiration du délai dans lequel celle-ci aurait dû répondre ; que ce délai commence à courir à compter du 25 mai 2020 à 00 heure pour expirer le 29 mai 2020 à 23 heures 59 minutes ;

Considérant que le recours de la société BLESSING-NET Sarl U, daté du 02 juin 2020, est enregistré le même jour au secrétariat du CRD ; qu'en introduisant ainsi ledit recours après l'expiration du délai prévu à l'article 125 du code des marchés publics, ladite société a agi hors délai prescrit ; qu'ainsi ce recours est irrecevable ;

Considérant toutefois qu'aux termes de l'article 24 de la loi n° 2009-013 du 30 juin 2009 relative aux marchés publics et délégations de service public, « sur le fondement des informations recueillies dans l'exercice de ses missions ou de toutes informations communiquées par des autorités contractantes, des candidats, soumissionnaires ou des tiers, l'Autorité de régulation des marchés publics peut se saisir d'office, à la demande de son Président ou du tiers de ses membres et statuer sur les irrégularités, fautes et infractions constatées » ;

Qu'en application de cette disposition, Madame le Président du CRD a saisi la formation litiges aux fins de statuer sur la régularité des résultats des lots n° 1 et n° 3 de l'appel d'offres sus-indiqué ;



Que ce recours n'étant enfermé dans aucun délai, il y a lieu de le déclarer recevable.

LES FAITS

Le ministère de l'enseignement technique, de la formation et de l'insertion professionnelles a lancé, le 02 mars 2020, l'appel d'offres ouvert n° 01/2020/METFIP/PRMP/DECC relatif à la fourniture de matériels et matières d'œuvre pour l'organisation des examens du BAC 1 et du CAP session 2020.

Les fournitures sollicitées sont réparties en quatre (04) lots, dont le lot n° 1 concerne les matériaux de construction et le lot n° 3 les matériels d'électrotechnique et d'électricité.

Aux date et heure limites de dépôt et d'ouverture des offres fixées au 02 avril 2020, à 10 heures 00 minute et 10 heures 30 minutes, la commission de passation des marchés publics du ministère sus-indiqué a reçu et ouvert six (06) plis dont ceux des soumissionnaires BLESSING-NET Sarl et ETS DE LA LUMIERE VERS LA LUMIERE.

Au cours de l'évaluation des offres, ayant constaté que le soumissionnaire ETS DE LA LUMIERE VERS LA LUMIERE n'a fourni que les états financiers des années 2018 et 2019 dont la moyenne du chiffre d'affaires est inférieure à 0,5 fois le montant de ses offres pour les lots n° 1 et n° 3, la sous-commission d'analyse lui a demandé, par écrit, de compléter son offre par les états financiers des années 2016 et 2017 manquants ou toute autre référence justificative de la capacité financière exigée par le DAO.

En réponse, l'ETS DE LA LUMIERE VERS LA LUMIERE a produit les doublons des attestations des capacités financières qu'il a initialement fournies dans ses offres au titre de l'exigence précitée.

Après l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a déclaré attributaire provisoire des lots n° 1 et n° 3, l'ETS DE LA LUMIERE VERS LA LUMIERE pour des montants respectifs de trente-deux millions huit cent six mille trois cent cinquante-six francs (32 806 356) francs CFA toutes taxes comprises (lot n° 1) et quarante-deux millions trois cent cinquante mille sept cent quatorze (42 350 714) francs CFA toutes taxes comprises (lot n° 2).

L'avis de non objection de la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) sur le rapport d'évaluation des offres est donné par lettre n° 1076/MEF/DNCMP/DDCI&DAJ du 08 mai 2020.

Par lettre n° 0958/ARMP/DG/DRAJ du 08 juin 2020, 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 bordereau n° 453/METFIP/PRMP du 08 juin 2020, reçu le 09 juin 2020 au secrétariat du CRD et enregistré sous le numéro 0635, la Personne responsable des marchés publics a fait parvenir à l'ARMP la documentation ainsi réclamée.

LES CONCLUSIONS DE MADAME LE PRESIDENT DU CRD

Madame le Président du CRD relève que l'attributaire provisoire des lots n° 1 et n° 3 n'a fourni que les états financiers des années 2018 et 2019 au lieu de ceux des trois dernières années à savoir, 2016, 2017 et 2018 au mépris des exigences du DAO, ce qui constitue une irrégularité qui mérite d'être sanctionnée ;

LES MOYENS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

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

- que les demandes de compléments des références de qualification au titre de l'expérience en marchés similaires et de la capacité financière adressées à certains soumissionnaires dont SMS INGENIERIE et ETS DE LA LUMIERE VERS LA LUMIERE ont été faites en conformité avec les dispositions de l'article 48 du Code des marchés publics et de la clause IC 5.1 des DPAO ;
- qu'en effet, le DAO admet que les entreprises nouvellement créées qui sont dans l'impossibilité de fournir les états financiers des années 2016, 2017 et 2018 exigés, puissent prouver leur capacité économique et financière par des documents substitutifs ;
- que l'ETS DE LA LUMIERE VERS LA LUMIERE créée en 2018, se retrouvant dans cette situation, il lui a été demandé de fournir les références substitutives qu'elle a produites, contrairement à l'entreprise SMS INGENIERIE, ce qui lui a valu l'attribution provisoire des lots n° 1 et n° 3 de l'appel d'offres ;
- 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 BLESSING-NET Sarl U ;

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits que le litige porte sur la régularité de la demande de complément du chiffre d'affaires adressée à l'attributaire provisoire par l'autorité contractante aux lots n° 1 et n°3 de l'appel d'offres ;

EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

Considérant que suivant la clause IC 5.1 des données particulières de l'appel d'offres, il est exigé de chaque candidat de fournir la preuve écrite qu'il a réalisé au cours des trois dernières années (2016, 2017 et 2018) un chiffre d'affaires moyen supérieur ou égal à la moitié du montant de son offre ; que la même clause précise que la justification sera établie sur la base des états financiers ou d'extraits d'états financiers certifiés des années sus-indiquées ;



Considérant que cette clause autorise, en outre, les entreprises nouvellement créées qui sont dans l'impossibilité de fournir les états financiers demandés, à prouver leur capacité économique et financière par tout autre document substitutif distinct de l'attestation de capacité financière ;

Considérant qu'ayant constaté au cours de l'évaluation des offres que l'ETS DE LA LUMIERE VERS LA LUMIERE, créée en 2018, n'a fourni que les chiffres d'affaires des années 2018 et 2019 dont les montants respectifs de 0 franc et 58 530 654 francs, ne répondent pas à l'exigence du DAO pour les lots n° 1 et n° 3 auxquels il a soumissionné, la sous-commission d'analyse lui a demandé par écrit de fournir des références complémentaires ou substitutives justificatives de la capacité requise ;

Qu'en réponse à cette demande ledit soumissionnaire a produit les doublons des attestations de capacité financière initialement fournies dans ses offres que l'autorité contractante a pris en compte en le déclarant attributaire provisoire des lots n° 1 et n° 3 ;

Considérant cependant qu'en admettant la preuve de capacité économique et financière par tout autre document substitutif, la clause IC 5.1 précitée du DAO, a uniquement entendu laisser l'initiative de cette preuve aux candidats lors de la soumission de leurs offres ; qu'en aucune manière, cette tolérance ne peut s'interpréter comme une latitude donnée à ceux-ci de compléter leurs offres en phase d'évaluation au cas où celles-ci ne répondraient pas aux exigences du DAO ;

Considérant de plus qu'il est de règle que l'attribution d'un marché public se fait au soumissionnaire dont l'offre est évaluée conforme, moins disante et qui satisfait aux critères de qualification du DAO ;

Qu'en application de cette règle, les clauses 36.1, 36.2 et 36.3 des instructions aux candidats (IC) du DAO subordonnent, non seulement l'attribution du marché à l'issue positive de la vérification a posteriori de la qualification du candidat dont l'offre est reconnue conforme et moins disante, mais aussi précisent que si un candidat ne satisfait pas à cette exigence, son offre sera rejetée et l'autorité contractante procédera à l'examen de la seconde offre évaluée conforme et moins disante ;

Considérant qu'en ayant constaté que l'ETS DE LA LUMIERE VERS LA LUMIERE ne répond pas à l'exigence de chiffre d'affaires du DAO, l'autorité contractante aurait dû automatiquement le disqualifier de l'attribution du marché et passer au soumissionnaire suivant, au lieu de lui réclamer des références complémentaires ou substitutives à titre de régularisation ;



Considérant au surplus, que même à supposer que la preuve substitutive de capacité financière soit admise à titre de complément d'information, dès lors qu'il est précisé dans le DAO que le document substitutif à produire doit être distinct de l'attestation de capacité financière, les doublons d'attestations transmis par l'ETS DE LA LUMIERE VERS LA LUMIERE ne sauraient être acceptés ;

Qu'au regard de tout ce qui précède, il y a lieu de dire qu'en décidant d'attribuer les marchés des lots n° 1 et n° 3 de l'appel d'offres à l'ETS DE LA LUMIERE VERS LA LUMIERE, alors que celui-ci ne satisfait pas à l'exigence de chiffre d'affaires requise, l'autorité contractante a fait une mauvaise application des clauses susvisées du DAO.

DECIDE :

- 1) Déclare la société BLESSING-NET Sarl U irrecevable en son recours pour cause de forclusion ;
- 2) Déclare par contre recevable la saisine de Madame le Président du CRD ;
- 3) Dit que l'évaluation des offres des lots n° 1 et n° 3 de l'appel d'offres est faite en violation de la réglementation en vigueur des marchés publics ;
- 4) Ordonne, en conséquence, l'annulation des résultats provisoires et la reprise de l'évaluation des offres relatives aux lots n° 1 et n° 3 de l'appel d'offres n° 01/2020/METFIP/PRMP/DECC du 02 mars 2020 ;
- 5) Dit que la présente décision est immédiatement exécutoire nonobstant toutes voies de recours ;
- 6) Dit que le Directeur général par intérim de l'ARMP est chargé de notifier à la société BLESSING-NET Sarl U, au ministère de l'enseignement technique, de la formation et de l'insertion professionnelles, 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



Madame Ayélé DATTI

LES MEMBRES



Konaté APITA



Abeyeta DJENDA



Kuami Gaméli LODONOU