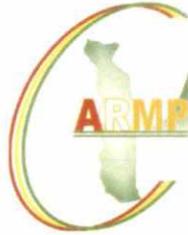


REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail - Liberté - Patrie



Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

**DECISION N° 057-2019/ARMP/CRD DU 11 OCTOBRE 2019
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA COMMUNE
DE LOME EN CONTESTATION DE L'AVIS DEFAVORABLE DE LA DIRECTION
NATIONALE DU CONTROLE DES MARCHES PUBLICS DANS LE CADRE
DE L'APPEL D'OFFRES N° 003/ML/DAF/2019 DU 29 JANVIER 2019
RELATIF A LA FOURNITURE DE MATERIELS ET CONSOMMABLES
INFORMATIQUES AU PROFIT DES SERVICES MUNICIPAUX**

**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° 2015-008/PR du 22 janvier 2015 portant nomination du Directeur général de l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) ;

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 de l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) 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 de la Commune de Lomé référencée 457/ML du 06 septembre 2019 et enregistrée le 09 septembre 2019 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 1952 ;

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

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 lettre n°457/ML du 06 septembre 2019 et enregistrée le 09 septembre 2019 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 1952, la Commune de Lomé a introduit un recours en contestation de l'avis défavorable de la Direction nationale du contrôle des marchés publics sur le rapport d'évaluation des offres soumises dans le cadre de l'appel d'offres international n° 003/ML/DAF/2019 du 29 janvier 2019 relatif à la fourniture de matériels et consommables informatiques au profit des services municipaux.

SUR LA RECEVABILITE

Considérant que suivant l'article 19 alinéa 2 du décret n° 2009-295/PR du 30 décembre 2009 portant missions, attributions, organisation et fonctionnement de la direction nationale du contrôle des marchés publics, « en cas d'avis défavorable ou de rejet de la demande d'autorisation, l'autorité contractante peut saisir le Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics conformément à la réglementation en vigueur » ;

Considérant que l'article 128 du décret n° 2009-277/PR du 11 novembre 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public dispose que « le Comité de règlement des différends est également compétent pour statuer sur les recours opposant une ou plusieurs entités administratives de passation ou de contrôle des marchés publics. Il est saisi dans un délai de cinq jours ouvrables soit à compter de la date de la décision faisant grief, soit, dans ce même délai, en l'absence de réponse de l'entité administrative saisie d'une réclamation. Il rend sa décision dans le délai défini à l'article 125 du présent décret » ;

Considérant que par lettre n° 457/ML datée du 06 septembre 2019 et enregistrée le 09 septembre 2019 sous le numéro n° 1952, la personne responsable des marchés publics de la Commune de Lomé a saisi le CRD d'une requête en contestation de l'avis défavorable de la DNCMP dans le cadre de l'appel d'offres sus-indiqué ;



Considérant que l'avis contesté de la DNCMP a été donné par lettre n° 2300/MEF/DNCMP/DDCI du 12 juillet 2019 et confirmé par lettre n° 2499/MEF/DNCMP/DDCI du 30 juillet 2019 ;

Considérant que le délai prescrit à l'article 128 précité est un délai franc et par conséquent commence à courir à compter du lendemain de la date de notification de la décision faisant grief ou en l'absence de réponse, de l'expiration du délai dans lequel l'organe de contrôle compétent aurait dû répondre ; que ce délai commence à courir à compter du 31 juillet 2019 à 00 heure pour expirer le 06 août 2019 à 23 heures 59 minutes ;

Considérant que le recours de la Commune de Lomé est enregistré le 09 septembre 2019 au secrétariat du CRD ; qu'en introduisant ainsi son recours après l'expiration du délai prévu à l'article 128 précité du code des marchés publics, la Commune de Lomé 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 de l'avis défavorable de la DNCMP ;

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

LES FAITS

La Commune de Lomé a lancé, le 29 janvier 2019, l'appel d'offres ouvert n° 003/ML/DAF/2019 relatif à la fourniture de matériels et consommables informatiques au profit des services municipaux.

Les fournitures sollicitées sont réparties en deux lots, dont le lot n° 1 concerne les matériels informatiques et le lot n° 2 les consommables informatiques.

Aux date et heure limites de dépôt des offres initialement fixées au 08 mars 2019 et reportées au 22 mars 2019 à 09 heures 00 minute, la commission de passation des marchés publics de la Commune de Lomé a reçu et ouvert vingt (20) plis dont ceux des soumissionnaires ETS EMMA TECHNOLOGIE, DJAMOURA & FILS INTERNATIONAL Sarl U, COMPUTER PLUS et CAFE INFORMATIQUE & TELECOM, DEMOTECH, PIERRE ANGULAIRE DIVINE Sarl, 01 INFORMATIQUE, ICS Sarl, MIKEM TECHNOLOGIE Sarl et BIP TOGO



Après l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a déclaré attributaire provisoire des deux lots, l'entreprise CYN-STEPH-WORLD pour un montant de cinquante-huit millions neuf cent quatre-vingt-trois mille cent vingt (58 983 120) francs CFA toutes taxes comprises (lot n° 1) et trente millions sept cent trente et un mille neuf cent vingt (30 731 920) francs CFA toutes taxes comprises (lot n° 2).

Par bordereau d'envoi n° 365/ML du 1^{er} juillet 2019, l'autorité contractante a transmis le rapport d'évaluation des offres à la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) pour avis de non objection.

La DNCMP a, par lettre n° 2300/MEF/DNCMP/DDCI du 12 juillet 2019, entre autres observations, demandé à l'autorité contractante d'inviter les soumissionnaires dont les offres ont été rejetées sur les deux lots pour insuffisance de capacité financière ou attestations de capacité financière sans engagement ferme, à fournir lesdites attestations dans les termes conformes au DAO au cas où ils sont pressentis attributaires.

Par lettre n° 389/ML du 24 juillet 2019, la Commune de Lomé a transmis à la DNCMP la version corrigée du rapport d'évaluation tout en maintenant sa position sur le motif de rejet des offres des soumissionnaires ETS EMMA TECHNOLOGIE, DJAMOURA & FILS INTERNATIONAL Sarl U, COMPUTER PLUS et CAFE INFORMATIQUE & TELECOM fondé d'une part, sur l'absence d'engagement ferme des banques émettrices et celui du rejet des offres des soumissionnaires DEMOTECH, PIERRE ANGULAIRE DIVINE Sarl, 01 INFORMATIQUE, ICS Sarl, MIKEM TECHNOLOGIE Sarl et BIP TOGO fondé d'autre part, sur l'insuffisance du montant de la capacité financière fournie.

Suite à une séance de travail tenue entre les parties à la DNCMP le 13 août 2019 qui n'a pas permis de parvenir à un terrain d'attente, la Commune de Lomé a, par requête enregistrée le 09 septembre 2019, saisi le CRD aux fins de se prononcer sur le différend.

LES MOYENS DEVELOPPES PAR MADAME LE PRESIDENT DU CRD

Madame le Président du CRD relève :

- que la disqualification d'un certain nombre de soumissionnaires de l'attribution des lots est justifiée par la non-conformité de leurs offres à l'exigence de capacité financière du DAO ;
- qu'en effet, les entreprises ETS EMMA TECHNOLOGIE, DJAMOURA & FILS INTERNATIONAL Sarl U, COMPUTER PLUS et CAFE INFORMATIQUE & TELECOM ont présenté dans leurs offres des attestations de capacité financières émises par leurs banques respectives qui ne comportent pas d'engagement ferme de la part des émettrices ;



4

- que s'agissant des entreprises DEMOTECH, PIERRE ANGULAIRE DIVINE Sarl, 01 INFORMATIQUE, ICS Sarl, MIKEM TECHNOLOGIE Sarl et BIP TOGO, celles-ci ont produit des attestations de capacité financière dont le montant est inférieur à la moitié du montant de leurs offres financières tel que l'exige le DAO ;
- que la DNCMP estimant que l'exigence de capacité financière étant un critère qui relève de la qualification a posteriori insusceptible d'entraîner le rejet automatique d'une offre, a recommandé d'adresser une demande d'information complémentaire aux soumissionnaires défaillants afin qu'ils régularisent leur situation ;
- qu'une telle recommandation n'étant conforme ni à la réglementation en vigueur ni à la jurisprudence constante du CRD sur la question de l'appréciation de la capacité financière fournie par un soumissionnaire rendue dans les décisions n° 082-2016/ARMP/CRD du 04 novembre 2016 et n° 010-2018/ARMP/CRD du 02 mars 2018 ;
- que face au refus de la DNCMP de rapporter son avis défavorable, elle demande qu'il plaise au CRD de bien vouloir confirmer les résultats d'évaluation des offres ;

LES MOYENS DE LA DNCMP

Dans son mémoire en réponse, la DNCMP soutient :

- que la Commune de Lomé a jugé certaines offres non conformes au motif que les attestations de capacité financières présentées par les soumissionnaires sont sans engagement ferme des banques émettrices ou comportent des montants insuffisants ;
- qu'étant donné que l'attestation de capacité financière est une pièce de qualification a posteriori des soumissionnaires, les manquements y afférents ne sauraient entraîner un rejet automatique des offres ;
- qu'en se fondant sur l'appréciation faite ci-dessus, elle a plutôt recommandé à la Commune de Lomé d'inviter tous les soumissionnaires ayant présenté des attestations de montant insuffisant ou sans engagement ferme à fournir dans le délai réglementaire de sept (07) jours calendaires, d'autres attestations de capacité financière conformes aux exigences du DAO ;

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits que le litige porte sur la régularité de l'avis de la DNCMP qui exige des autorités contractantes de demander aux soumissionnaires de régulariser leurs capacités financières non conformes aux exigences du dossier d'appel d'offres ;



5

EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

Considérant que suivant la clause 5.1 des données particulières de l'appel d'offres, il est exigé de chaque candidat de fournir une attestation bancaire de facilité de crédit (engagement ferme) ou de disponibilité de liquidité d'un montant au moins égal à 0,5 fois le montant de l'offre soumise ;

Considérant que pour permettre aux candidats de se conformer à l'exigence ci-dessus, l'autorité contractante a inséré un formulaire type de capacité financière ou de disponibilité de crédit dans la section IV du DAO ; qu'il est précisé à titre d'avertissement à l'en-tête dudit document que les banques doivent la remplir conformément aux instructions entre crochets sans que le format ne soit modifié et qu'aucun autre document ne sera admis ;

Qu'ayant estimé que des soumissionnaires ont présenté dans leurs offres des attestations de capacité financière qui ne comportent pas d'engagement ferme de la part des institutions émettrices pour certains, et dont le montant est inférieur à la moitié du montant de leur offre financière pour d'autres, la sous-commission d'analyse les a disqualifiés de l'attribution des lots objet de l'appel d'offres ;

Considérant que l'instruction du dossier révèle effectivement la non-conformité des attestations financières produites aux exigences du DAO pour les motifs sus-évoqués ;

Qu'à titre illustratif de l'absence d'engagement ferme, l'examen entre autres, de l'offre de l'ETS EMMA TECHNO fait ressortir qu'elle a fourni une attestation de capacité financière délivrée par l'institution de microfinance COOPEC AD qui non seulement diffère du modèle inséré dans le DAO, mais aussi fait omission des mentions obligatoires telles que l'engagement d'octroyer une ligne de crédit d'un montant correspondant à celui exigé, les références et l'objet de l'appel d'offres ainsi que celui du lot concerné ;

Qu'à titre de preuve de l'insuffisance du montant de la capacité financière relevée dans les autres offres concernées, celle de l'entreprise DEMOTECH fait par exemple ressortir qu'elle a fourni une attestation de facilité de crédit délivrée par ORABANK d'un montant de 20 000 000 de FCFA, nettement inférieur à la moitié du montant de son offre après rabais évalué à 67 331 095 ;

Qu'il résulte donc des constats ci-dessus que les soumissionnaires ETS EMMA TECHNOLOGIE, DJAMOURA & FILS INTERNATIONAL Sarl U, COMPUTER PLUS, CAFE INFORMATIQUE & TELECOM, DEMOTECH, PIERRE ANGULAIRE DIVINE Sarl, 01 INFORMATIQUE, ICS Sarl, MIKEM TECHNOLOGIE Sarl et BIP TOGO ne satisfont pas à l'exigence de la clause 5.1 précitée des données particulières de l'appel d'offres ;



Considérant que dans son mémoire en réponse, la DNCMP soutient que l'attestation de capacité financière est une pièce de qualification a posteriori des soumissionnaires dont les manquements ne sauraient entraîner un rejet automatique des offres et que l'autorité contractante pourrait demander aux soumissionnaires défaillants de compléter leur offre par une autre attestation d'un montant conforme aux exigences du DAO ;

Considérant cependant que les clauses 35.2, 35.3 et 35.4 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 la moins disante ;

Qu'il en résulte que lorsque les critères de qualification a posteriori dont relève la capacité financière sont requis par le dossier d'appel d'offres, tout soumissionnaire est tenu d'y satisfaire sous peine de rejet de son offre ;

Considérant que l'évaluation de la capacité économique et financière est un élément fondamental à prendre en compte dans l'appréciation de la qualification des soumissionnaires pour garantir la bonne exécution des marchés publics ;

Considérant par ailleurs, qu'il n'est pas superfluo de rappeler que la demande d'informations complémentaires ne doit pas avoir pour effet de rendre plus compétitives ou régulariser les offres ;

Qu'au surplus, l'approche de régularisation systématique des documents d'évaluation de la qualification a posteriori des soumissionnaires prônée par la DNCMP qui ne repose sur aucun fondement légal au plan national ou international, fait non seulement entorse au principe d'égalité de traitement des candidats, mais aussi pourrait constituer une pratique dangereuse empreinte de subjectivité à laquelle il doit être mis fin, au risque de vider à terme de leur substance lesdits critères dans l'évaluation des offres ; qu'ainsi, l'avis défavorable de la DNCMP donné dans le cadre du présent dossier n'est pas conforme à la réglementation en vigueur ;

Qu'en tout état de cause, dès lors que les soumissionnaires susnommés ne satisfont pas à l'exigence de capacité financière, il convient de dire que c'est à juste titre que la sous-commission d'analyse les a disqualifiés de l'attribution des lots auxquels ils ont soumissionné ;

DECIDE :

- 1) Déclare la Commune de Lomé 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'avis de la DNCMP concernant la capacité financière des soumissionnaires ETS EMMA TECHNOLOGIE, DJAMOURA & FILS INTERNATIONAL Sarl U, COMPUTER PLUS, CAFE INFORMATIQUE & TELECOM, DEMOTECH, PIERRE ANGULAIRE DIVINE Sarl, 01 INFORMATIQUE, ICS Sarl, MIKEM TECHNOLOGIE Sarl et BIP TOGO n'est pas conforme à la réglementation en vigueur sur les marchés publics ;
- 4) En conséquence, dit que ces soumissionnaires ne satisfont pas à l'exigence de capacité financière posée par la clause 5.1 des données particulières de l'appel d'offres ;
- 5) Dit que la présente décision est immédiatement exécutoire nonobstant toutes voies de recours ;
- 6) Dit que le Directeur général de l'ARMP par intérim est chargé de notifier à la Commune de Lomé et à la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP), la présente décision qui sera publiée.

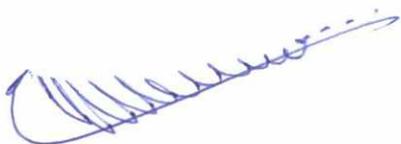
LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS (CRD)

LE PRESIDENT



Madame Ayélé DATTI

LES MEMBRES



Konaté APITA



Abeyeta DJENDA



Kuami Gaméli LODONOU