REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail - Liberté - Patrie

Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

DECISION N° 091-2021/ARMP/CRD DU 12 NOVEMBRE 2021 DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN FORMATION LITIGES SUR LES RECOURS DES ENTREPRISES VALDO CORPORATE ET PRIMAUTE BTP SARL CONTESTANT LES RESULTATS PROVISOIRES DE LA DEMANDE DE RENSEIGNEMENT DE PRIX N°003/2021/PR/MCT/PRMP DU 28 AVRIL 2021 RELATIVE AUX TRAVAUX DE REHABILITATION DE LA CLOTURE DU GRAND HÔTEL DU 30 AOUT DE KPALIME

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 de l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) ;

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 28 septembre 2021 introduite par l'entreprise VALDO CORPORATE et enregistrée le 29 septembre 2021 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 2527 ;

Vu la requête datée du 29 septembre 2021 introduite par l'entreprise PRIMAUTE BTP Sarl et enregistrée le 30 septembre 2021 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 2539 ;

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

En présence de Madame Ayélé DATTI, Président et de Messieurs Konaté APITA et 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 décision n° 073-2021/ARMP/CRD du 06 octobre 2021, le Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics a reçu le recours de l'entreprise VALDO CORPORATE et a ordonné la suspension de la demande de renseignement de prix sus-indiquée jusqu'au prononcé de la décision au fond ;

Par lettre n° 3296/ARMP/DG/DRAJ du 06 octobre 2021, 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 lettre n° 3400/ARMP/DG/DRAJ du 12 octobre 2021, la direction générale de l'ARMP a, par courriel, signifié à l'entreprise PRIMAUTE BTP Sarl la décision n° 073-2021/ARMP/CRD du 06 octobre 2021 ;

Par bordereau n° 257/MCT/PRMP du 12 octobre 2021 reçu le même jour au secrétariat du CRD et enregistrée sous le numéro 2622, la Personne responsable des marchés publics du ministère de la culture et du tourisme a fait parvenir à l'ARMP la documentation ainsi réclamée.

SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS DE L'ENTREPRISE PRIMAUTE BTP SARL

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 62 du décret n° 2009-277/PR du 11 novembre 2009 portant code des marchés publics et délégations de service public, tout soumissionnaire qui a un intérêt légitime à contester la décision de l'autorité contractante doit, sous peine de forclusion, exercer un recours dans un délai de quinze (15) jours ouvrables après la publication de l'avis d'attribution du marché ;

Considérant qu'il résulte des faits que la Personne responsable des marchés publics du ministère de la culture et du tourisme a, par lettre n° 231/MCT/PRMP du 21 septembre 2021, notifiée le même jour, informé toutes les entreprises y compris l'entreprise PRIMAUTE BTP Sarl des résultats provisoires de la demande de renseignement de prix susmentionnée ;

Que non satisfait, le directeur de l'entreprise PRIMAUTE BTP Sarl a, par lettre datée du 29 septembre 2021, saisi le Comité de règlement des différends pour contester les résultats provisoires des trois lots de la demande de renseignements de prix dont s'agit ;

Considérant que le délai prescrit à l'article 62 du code des marchés publics et délégations de service public est un délai franc et, par conséquent, commence à courir à compter du lendemain de la date de notification des résultats, soit le 1er octobre 2021 à 00 heure pour expirer le 22 octobre 2021 à 00 heure ;

Considérant que le recours de l'entreprise PRIMAUTE BTP Sarl daté du 29 septembre 2021, est enregistré le 30 septembre 2021 au secrétariat du CRD ; qu'en ayant introduit ainsi son recours avant l'expiration du délai prévu à l'article 62 susvisé, ladite entreprise a agi dans le délai prescrit ;

Qu'en conséquence, il y a lieu de déclarer le recours de l'entreprise PRIMAUTE BTP Sarl recevable ;

SUR LA JONCTION DES RECOURS DES ENTREPRISES VALDO CORPORATE ET PRIMAUTE BTP SARL

Considérant que les recours des entreprises VALDO CORPORATE et PRIMAUTE BTP Sarl sont dirigés contre la même autorité contractante et la même procédure de demande de renseignement de prix ;

Qu'en conséquence, il y a lieu, pour une bonne administration desdits recours, d'ordonner leur jonction afin que le Comité de règlement des différends puisse statuer par une seule et même décision ;

LES FAITS

Le ministère de la culture et du tourisme a lancé, le 28 avril 2021, la demande de renseignement de prix n° 003/2021/MCT/PRMP relative aux travaux de réhabilitation de la clôture du grand hôtel du 30 août de Kpalimé.

Les travaux, en lot unique, concernent les côtés latéraux et la façade postérieure de ladite clôture.

A la date limite de dépôt des offres initialement fixée au 28 mai 2021 et prorogée au 1er juin 2021, suite à un addendum, la commission de passation des marchés publics du ministère de la culture et du tourisme a reçu et ouvert les offres de vingt-deux (22) soumissionnaires dont celles des entreprises VALDO CORPORATE, PRIMAUTE BTP Sarl et NEAC.

A l'issue de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a proposé attributaire provisoire, le soumissionnaire NEAC pour un montant toutes taxes comprises de soixante-trois millions deux cent quarante-huit mille quatre cent quatre-vingt-dix-sept (63 248 497) francs CFA.

Après l'avis de non-objection de la commission de contrôle des marchés publics donné par lettre n° 055/MCT/PRMP/CCMP/2021 du 16 septembre 2021 sur le rapport d'évaluation des offres, la Personne responsable des marchés publics (PRMP) a, par lettre n° 231/MCT/PRMP du 21 septembre 2021, informé toutes les entreprises y compris les entreprises VALDO CORPORATE et PRIMAUTE BTP Sarl des résultats provisoires de la demande de renseignement de prix et du rejet de leurs offres.

Non satisfaites, lesdites entreprises ont saisi le Comité de règlement des différends pour contester lesdits résultats.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DE LEURS RECOURS

➢ Recours de l'entreprise VALDO CORPORATE

L'entreprise VALDO CORPORATE conteste les résultats provisoires de la demande de renseignement de prix et soutient à l'appui de son recours :

- qu'en dépit de l'avantage économique de son offre qui la plaçait en bonne position sur le procès-verbal d'ouverture des plis par rapport à ses concurrents pour être attributaire, l'autorité contractante a décidé d'attribuer le marché à la société NEAC ;
- qu'elle a reçu le 24 juin 2021 une correspondance de la personne responsable des marchés lui demandant de fournir le sous détail des prix de son offre, sans solliciter des explications sur le caractère bas du montant son offre ;
- qu'elle a répondu à cette correspondance en apportant les détails des prix tels que pratiqués sous la direction de son ingénieur ;
- qu'elle a également reçu une autre correspondance du 7 septembre 2021 de l'autorité contractante lui demandant de proroger la validité de son offre sans qu'on ne lui ait donné de suite sur la demande du sous-détail de prix ;
- qu'elle tient à faire observer qu'en violation des dispositions des articles 31 et 64 du code des marchés publics, l'autorité contractante a rejeté son offre en concluant qu'elle est anormalement basse, sans veiller à rapporter la preuve d'une telle allégation au moyen d'une contre-expertise sérieuse ;

- qu'au regard de tout ce qui précède, elle demande au CRD d'annuler les résultats provisoires de la DRP et de la rétablir dans ses droits.

➢ **Recours de l'entreprise PRIMAUTE BTP Sarl**

De son côté, l'entreprise PRIMAUTE BTP Sarl soutient à l'appui de son recours :

- que l'autorité contractante a fait une mauvaise lecture du nombre d'années d'expérience de son conducteur des travaux qu'elle déclare à tort disposer d'une expérience de trois (3) années inférieures à celle de cinq (5) années exigée dans la DRP ;
- qu'à titre de preuve et pour permettre au Comité de faire une lecture bienveillante des références jointes à son offre, elle verse au dossier de nouveaux exemplaires de l'attestation de diplôme de l'intéressé ainsi que son CV ;
- qu'au regard de tout ce qui précède, elle estime avoir été injustement écartée de l'attribution du marché et demande au Comité de règlement des différends de la rétablir dans ses droits.

LES MOYENS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

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

✓ **Sur l'offre du soumissionnaire VALDO CORPORATE**

- que le montant prévisionnel des travaux de réhabilitation de la clôture du grand hôtel du 30 août de Kpalimé est estimé à soixante-quinze millions (75 000 000) de francs CFA TTC ;
- que le soumissionnaire VALDO CORPORATE a soumis une offre de soixante-deux millions quatre cent mille sept cent quarante-cinq (62 400 745) francs CFA TTC avec un rabais de 22% ;
- que la prise en compte de ce rabais et les différentes corrections dues aux erreurs de calcul ont ramené son offre à 49 198 320 francs CFA TTC ;
- qu'au vu de la quantité importante de mur de 20 pleins, 15 creux et d'enduits verticaux à réaliser, les prix pratiqués aux postes 4.1, 4.2, 4.3 et 5.1 sont trop bas et le soumissionnaire éprouverait des difficultés financières pour réaliser convenablement les travaux s'il était attributaire ;
- qu'en effet, au poste 4.1 du devis, la requérante a fixé un prix unitaire remisé de 4 914 F CFA /m^2 alors que le déboursé de ce poste est de 8 080 F CFA/m^2;

- qu'au poste 4.2, le nombre de briques requis au m^2 étant de 10,5, la fabrication des briques de 15 creux devrait s'évaluer à 3 780 F soit 360 x 10,5, le sable de jointoiement à 270 F et la main d'œuvre à 400 F le m^2, le tout donnant un montant total de déboursé sec sans aucune marge bénéficiaire de 5 035 F/m^2 ;

- que curieusement le prix unitaire avec remise offert par la requérante à ce poste est de 4 914 F/m^2 ;

- qu'au poste 4.3 du devis, le prix unitaire de 780/m^2 proposé par la requérante est aussi anormalement minoré, puisque pour 1 m^2 d'enduit d'épaisseur 3 cm, on a besoin d'un total de 1030 F/m^2 de déboursé sec sans aucune marge bénéficiaire, soit 0,03 x 0,25 x 20 x 3 800 F de ciment, 60 F de sable et 400 F de main d'œuvre ;

- qu'au poste 5.1, alors qu'un devis de soudeurs avec les caractéristiques exigées de la porte coulissante fait ressortir un prix unitaire minimum évalué à 1 250 000 F, la requérante fixe un montant de 550 000 F ;

- qu'ainsi, l'offre du soumissionnaire VALDO CORPORATE a été jugée anormalement basse ;

✓ **Sur l'offre du soumissionnaire PRIMAUTE BTP Sarl**

- que s'agissant du soumissionnaire PRIMAUTE BTP Sarl, son offre a été rejetée d'autant plus que le conducteur de travaux proposé dispose de trois (3) ans d'expérience au lieu de cinq (5) ans tel qu'exigé dans le dossier de demande de renseignement de prix ;

- que pour preuve, en se référant au dossier du conducteur de travaux présenté par ledit soumissionnaire, il y est bien mentionné que ce dernier a trois ans d'expérience avec la société, ce qui n'est pas conforme à l'exigence de la DRP ;

- qu'au regard de ce qui précède, elle demande au Comité de règlement des différends de bien vouloir déclarer non fondés les recours des entreprises VALDO CORPORATE et PRIMAUTE BTP Sarl et d'ordonner la mainlevée de la mesure de suspension prononcée par décision n° 073-2021/ARMP/CRD du 06 octobre 2021.

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte d'une part, sur le caractère anormalement bas de l'offre du soumissionnaire VALDO CORPORATE et d'autre part, sur la satisfaction par le soumissionnaire PRIMAUTE BTP Sarl au critère de qualification relatif au personnel.

EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

➢ Sur le recours de l'entreprise VALDO CORPORATE

Considérant que suivant l'article 64 du décret n° 2009-277/PR du 11 novembre 2009 portant Code des marchés publics, « la sous-commission d'analyse peut proposer à l'autorité contractante le rejet des offres anormalement basses, sous réserve que le candidat ait été invité à présenter des justifications par écrit et que ces justifications ne soient pas jugées acceptables » ;

Considérant qu'en application de la disposition précitée, ayant constaté au cours de l'évaluation des offres que l'entreprise VALDO CORPORATE a consenti un rabais inconditionnel de 22 % du montant de son offre financière, le faisant passer de 63 074 769 à 49 198 320 F CFA, largement en deçà du montant prévisionnel du marché estimé à 75 000 000 de F CFA, l'autorité contractante a demandé à ladite entreprise de fournir le sous-détail des prix des rubriques 4.1, 4.2, 5.1, 5.2, 5.3 et 5.4 de son devis quantitatif et estimatif en justifiant les prix facturés à ces postes ainsi que le rabais consenti ;

Considérant que suite à l'analyse des informations fournies, se fondant à la fois sur la consistance des travaux et les prévisions budgétaires issues de leur étude de faisabilité, l'autorité contractante a estimé l'offre de l'entreprise VALDO CORPORATE anormalement basse pour permettre une exécution convenable du marché projeté et l'a rejetée ;

Considérant que l'entreprise VALDO CORPORATE conteste ce rejet en relevant que les allégations de l'autorité contractante ne sont pas prouvées par une contre-expertise sérieuse ;

Considérant que par définition, l'offre anormalement basse est une offre anticoncurrentielle dont le prix est excessivement minoré de sorte qu'il ne correspond pas à une réalité économique ;

Considérant que dans la pratique des marchés publics, le caractère anormalement bas d'une offre s'apprécie à partir de plusieurs paramètres, entre autres, la comparaison des offres concurrentes pour déterminer un écart significatif entre elles, la différence importante entre le prix de l'offre concernée et le montant estimatif du marché projeté ainsi que le prise en compte du coût des obligations et charges multiformes incombant au soumissionnaire ;

Considérant que pour parvenir à faire prendre en compte ses justifications du prix soupçonné d'être anormalement bas, le soumissionnaire doit démontrer notamment les conditions exceptionnellement favorables dont il dispose pour exécuter les travaux, fournir les biens ou réaliser les prestations de services à ce prix, tout en en faisant ressortir les marges nettes et brutes ;

Considérant qu'en l'espèce, la requérante s'est contentée de produire le sous-détail des prix sans fournir les justifications demandées sur les prix pratiqués aux postes ciblés dans son devis ;

Considérant de plus qu'un expert domaine commis pour émettre un avis technique sur le sous-détail des prix fourni par la requérante a transmis un rapport d'expertise qui révèle quelques éléments d'informations synthétisées ci-après :

- minoration du coût de la tôle Galva dont le coût sur le marché varie entre 60 000 et 75 000 F CFA à 30 000 ;
- prix 4.1- Agglomérés pleins de 20 cm pour soubassement : déboursé sec sans coefficient de vente ni échafaudage, ni matériel de vente : 6 180 F CFA minoré à 4257 F CFA ;
- prix 4.2- Agglomérés creux de 15 cm pour élévation : déboursé sec sans coefficient de vente ni échafaudage, ni matériel de vente : 4 319 F CFA minoré à 3 590 F CFA ;
- prix 5.1- Porte métallique en tôle galva de 3 mm : coût réel de la porte métallique en tôle Galva de 3 mm sans la main d'œuvre de fabrication et de pose et sans application du coefficient de vente : 1 477 333 F CFA minoré à 383 005 F CFA ;
- prix 5.2- Porte métallique en tôle galva de 3 mm : coût réel de la seconde porte métallique sans la main d'œuvre de fabrication et de pose et sans application du coefficient de vente : 1 746 833 minoré à 125 348 F CFA ;

Considérant que tirant conséquence des éléments sus-exposés, l'expert a conclu que les prix proposés par la requérante sont trop bas ;

Considérant qu'en adoptant lesdites conclusions corroborées par l'écart important relevé entre les prix proposés par la requérante d'un côté et ceux de ses concurrents de l'autre, ainsi que le montant prévisionnel du marché démontrent à suffisance que l'offre de l'entreprise VALDO CORPORATE est anormalement basse ; qu'ainsi, c'est à bon droit que la sous-commission d'analyse l'a disqualifiée de l'attribution du marché ;

➢ **<u>Sur le recours de l'entreprise PRIMAUTE BTP Sarl</u>**

Considérant que suivant le rapport d'évaluation des offres, l'entreprise PRIMAUTE BTP Sarl est disqualifiée de l'attribution du marché au motif qu'elle a présenté dans son personnel clé un conducteur de travaux dont l'expérience globale en travaux est de trois (3) ans au lieu de cinq (5) ans exigés par la DRP ;

Considérant que ladite entreprise conteste le motif de ce rejet en arguant que l'autorité a fait une mauvaise lecture des références de l'intéressé dont elle a versé au dossier copie des diplôme et curricula vitae ;

Considérant qu'au paragraphe 5 de l'Annexe A de la DRP, il est exigé des soumissionnaires de disposer d'un personnel comprenant un conducteur de travaux qui répond à plusieurs critères de qualifications et de compétence dont une expérience globale en travaux de cinq (5) ans ;

Qu'au titre des références à produire pour prouver que ce critère est rempli, la DRP exige la fourniture des diplômes et curricula vitae (CV) des personnes concernées ;

Considérant que l'examen de l'offre de la requérante, au cours de l'instruction du dossier révèle elle a proposé au poste de conducteur de travaux Monsieur ROWLAND Koffi dont elle a joint l'attestation du diplôme de brevet de technicien supérieur option génie civil n° 555/18/METFP/OBTS/DE obtenu en juin 2010 et son CV ;

Considérant qu'il est certes précisé à la première page du CV que Monsieur ROWLAND est actuellement employé par l'entreprise PRIMAUTE BTP Sarl auprès de laquelle il réunit trois (3) ans d'expérience tel que l'a relevé l'autorité contractante dans son argumentaire ; que cependant, l'analyse complète dudit CV révèle que depuis l'obtention de son diplôme précité en 2010, l'intéressé a eu à travailler entre janvier 2013 et septembre 2015 sur des projets de construction de bâtiments en Côte d'Ivoire avec l'entreprise CBTD, en qualité de conducteur de travaux, avant d'intégrer l'entreprise PRIMAUTE BTP Sarl à partir de septembre 2016 ; qu'il s'ensuit que le conducteur de travaux proposé par ladite entreprise dispose de plus de plus de cinq (05) ans et non de trois (03) ans d'expérience comme l'a retenu l'autorité contractante ;

Considérant qu'en se limitant au nombre d'années de travail du conducteur des travaux avec son employeur, l'autorité contractante a fait une mauvaise analyse dudit CV et par ricochet celle du critère d'expérience fixé dans la DRP ;

Qu'ainsi il y a lieu de dire que c'est à tort que l'autorité contractante s'est fondée sur le motif d'insuffisance du nombre d'années d'expérience pour disqualifier l'entreprise PRIMAUTE BTP Sarl du processus de marché ;

Considérant qu'au regard de tout ce qui précède, il convient de déclarer le recours de l'entreprise VALDO CORPORATE non fondé et celui de l'entreprise PRIMAUTE BTP Sarl fondé.

DECIDE :

1) Déclare le recours de l'entreprise PRIMAUTE BTP Sarl recevable ;

2) Ordonne la jonction des recours des entreprises VALDO CORPORATE et PRIMAUTE BTP Sarl enregistrés respectivement sous les n° 2527 et n° 2539 ;

3) Déclare non fondé le recours de l'entreprise VALDO CORPORATE ;

4) Dit que l'offre de l'entreprise VALDO CORPORATE est considérée anormalement basse et doit être rejetée ;

5) En revanche, déclare fondé le recours de l'entreprise PRIMAUTE BTP Sarl ;

6) Ordonne l'annulation des résultats et la reprise de l'évaluation des offres ;

7) Dit que la présente décision est immédiatement exécutoire nonobstant toutes voies de recours ;

8) Dit que le Directeur général par intérim de l'ARMP est chargé de notifier aux entreprises VALDO CORPORATE et PRIMAUTE BTP Sarl, au ministère de la culture et du tourisme, 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

Madame Ayélé DATTI

LES MEMBRES

Konaté APITA

Abeyeta DJENDA