

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail - Liberté - Patrie



Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

**DECISION N° 092-2021/ARMP/CRD DU 12 NOVEMBRE 2021
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DE L'ENTREPRISE GROUPE IBM
CONTESTANT LES RESULTATS PROVISOIRES DE L'APPEL D'OFFRES
OUVERT N° 11/2021/PR/HCM/CAB/PRMP DU 04 AOÛT 2021 DE L'ORGANISME
NATIONAL CHARGE DE L'ACTION DE L'ETAT EN MER (ONAEM) RELATIF
AUX TRAVAUX DE CONSTRUCTION D'UN AUDITORIUM ET DE BUREAUX
ANNEXES AU HAUT CONSEIL POUR LA MER**

**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 15 octobre 2021 introduite par l'entreprise Groupe IBM et enregistrée le même jour au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 2649 ;

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° 081-2021/ARMP/CRD du 27 octobre 2021, le Comité de règlement des différends de l'ARMP a reçu le recours de l'entreprise Groupe IBM et a ordonné la suspension de l'appel d'offres sus-indiqué jusqu'au prononcé de la décision au fond.

Par lettre n° 3499/ARMP/DG/DRAJ du 21 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 bordereau de transmission n° 50/PR/HCM/CAB/PRMP-21 du 25 octobre 2021, reçu le même jour au secrétariat du CRD et enregistré sous le numéro 2713, la Personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante a fait parvenir à l'ARMP la documentation ainsi réclamée.

LES FAITS

L'Organisme national chargé de l'action de l'Etat en Mer (ONAEM) a lancé, le 04 août 2021, l'appel d'offres ouvert n° 11/2021/PR/HCM/CAB/PRMP relatif aux travaux de construction d'un auditorium et de bureaux annexes au Haut conseil pour la mer.

A la date limite de dépôt des offres fixée au 03 septembre 2021, la commission de passation des marchés publics de l'ONAEM a ouvert les offres de trois soumissionnaires dont l'entreprise Groupe IBM et le groupement d'entreprises Groupe TERA Sarl/ECODI Sarl.

A l'issue de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a déclaré attributaire provisoire, le groupement d'entreprises Groupe TERA Sarl/ECODI Sarl pour un montant toutes taxes comprises de trois cent trente-sept millions cinq cent soixante-sept mille deux cent soixante-huit (337 567 268) francs CFA.

Après l'avis de non objection de la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) donné par lettre n° 2581/MEF/DNCMP/DSMP du 1^{er} octobre 2021 sur le rapport d'évaluation des offres, la Personne responsable des marchés publics de l'Organisme national chargé de l'action de l'Etat en Mer a, par lettre



2

n° 104/PR/HCM/CAB/PRMP du 05 octobre 2021, reçue le même jour, informé l'entreprise GROUPE IBM des résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné et corrélativement du rejet de son offre.

Par lettre datée du 06 octobre 2021 adressée à la Personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante, l'entreprise Groupe IBM a contesté les résultats provisoires par un recours gracieux.

Par lettre n° 105/PR/HCM/CAB/PRMP du 06 octobre 2021, la Personne responsable des marchés publics de l'organisme national chargé de l'action de l'Etat en Mer (ONAEM) a invité la requérante à une séance de travail et de clarification pour le 11 octobre 2021.

Ayant participé à cette séance de travail, l'entreprise Groupe IBM a refusé de signer le procès-verbal établi à cet effet et a, par lettre datée du 15 octobre 2021 et enregistrée le même jour, saisi le Comité de règlement des différends pour contester les résultats provisoires de cette procédure.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

L'entreprise GROUPE IBM conteste les résultats provisoires de l'appel d'offres et soutient à l'appui de son recours :

- que la remise aux soumissionnaires de deux procès-verbaux différents ayant deux mentions de rabais consentis par elle, l'un de 15% sans autre précision et l'autre du même taux assortie de la condition « si offre moins disante », porte le germe d'une intention de lui nuire ;
- que lors de la séance de travail du 11 octobre 2021, suite à son recours gracieux, l'autorité contractante a tenté d'expliquer la différence entre les expressions « offre retenue » et « offre moins disante » en affirmant que l'offre retenue est une offre techniquement conforme et diffère de l'offre la moins disante ;
- que l'autorité contractante a violé les dispositions de la clause 34 des IC en attribuant le marché au soumissionnaire dont l'offre est conforme techniquement au lieu du soumissionnaire dont l'offre est la moins disante ;
- qu'étant convaincue que l'offre « retenue » signifie « offre évaluée la moins disante », l'autorité contractante aurait dû lui appliquer le rabais accordé comme elle l'a fait pour l'attributaire provisoire ou s'abstenir de le faire pour tous les soumissionnaires ;
- qu'elle conteste le redressement opéré sur son prix au poste 10.1 du cadre de devis quantitatif et estimatif d'autant plus qu'il y a une contradiction entre le nota bene de la page 118 du DAO qui précise que les travaux ne comprendront que la réservation sans la mise en place de l'ascenseur et le cadre de devis où l'autorité contractante a mis une quantité 1 ;
- que le DAO comporte des informations ambiguës et contradictoires ;

- qu'elle soupçonne l'autorité contractante d'être de connivence avec l'attributaire provisoire dans la mesure où c'est ce dernier seul qui n'a pas proposé de prix au niveau de l'ascenseur ;
- qu'au regard de ce qui précède, elle demande au Comité de règlement des différends de bien vouloir prendre en compte son rabais de 15 % pour rendre son offre la moins disante et annuler les résultats de l'attribution provisoire du marché.

LES MOYENS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

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

- que l'évaluation des offres des soumissionnaires a été faite conformément aux clauses du dossier d'appel d'offres ;
- que le procès-verbal d'ouverture a été corrigé pour tenir compte des conditions d'application des rabais offerts par les soumissionnaires dans leurs offres, lues publiquement à l'ouverture des offres et non mentionnées dans la première version du PV ;
- que le rabais offert « si offre retenue » a été appliqué parce que le soumissionnaire qui l'a proposé a vu effectivement retenue son offre alors que le rabais si « offre moins disante » proposé par l'entreprise groupe IBM n'a pas été appliqué parce que son offre n'est pas moins disante ;
- que pour le poste 10.1 « fourniture et pose d'un ascenseur », le DAO stipule en Nota Bene dans les spécifications techniques des travaux à la page 118 que « les travaux ne comprendront que la construction de la cage de l'ascenseur et des réservations sans la mise en place de l'ascenseur proprement dit » ;
- que le DAO a précisé que seules les réservations seront faites pour l'ascenseur et n'a pas donné les caractéristiques propres à l'ascenseur qui doit être acquis dans le cas du projet ; qu'ainsi les prix unitaires proposés par les soumissionnaires n'ont pas été pris en compte ;
- qu'au regard de tout ce qui précède, elle demande au Comité de bien vouloir déclarer non-fondé le recours de l'entreprise groupe IBM et d'ordonner la mainlevée de la mesure de suspension prononcée par décision n° 081-2021/ARMP/CRD du 27 octobre 2021.

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur la régularité de l'attribution provisoire du marché, notamment sur la prise en compte des rabais offerts par la requérante et l'attributaire provisoire, d'une part et d'autre part, la régularité des ajustements effectués sur l'offre de la requérante.

EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

➤ Sur l'établissement de deux PV d'ouverture des offres

Considérant que l'entreprise GROUPE IBM reproche à l'autorité contractante d'avoir, dans l'intention de lui nuire, remis aux soumissionnaires deux procès-verbaux d'ouverture des offres mentionnant au niveau de son offre deux types de rabais différents, le premier, un rabais inconditionnel de 15 % et le second, un rabais de 15 % consenti à la condition que l'offre soit moins disante ;

Considérant que l'autorité contractante réfute toute intention délibérée de nuire à la requérante et relève qu'il s'agit plutôt d'une correction du procès-verbal d'ouverture initialement établi pour prendre en compte les conditions d'application des rabais offerts par les soumissionnaires et lues publiquement à la séance d'ouverture mais non consignées ;

Considérant que l'examen des deux versions de PV recoupées avec la vérification du rabais consenti dans l'offre de l'entreprise GROUPE IBM fait ressortir que le rabais assorti de la condition « si mon offre est moins disante » offert par ladite entreprise avait été consignée sans précision de cette condition dans la version initiale du PV d'ouverture et que le second PV a été dressé par l'autorité contractante pour corriger cette erreur après la levée de la séance d'ouverture des offres ;

Considérant que dans la mesure où il ne saurait exister deux procès-verbaux d'ouverture des offres pour la même procédure de marché, même si l'erreur a été découverte après la levée de la séance d'ouverture, l'autorité contractante aurait dû adresser une lettre aux soumissionnaires pour corriger cette erreur en lieu et place du second PV établi ;

Que malgré tout, il y a lieu de recommander à l'autorité contractante de faire preuve de plus d'attention et de professionnalisme dans l'établissement des PV d'ouverture des offres de ces procédures de marché pour éviter des suspicions à l'avenir ;

Qu'en tout état de cause, dès lors qu'il n'est pas établi que la seconde version de PV d'ouverture des offres transmise aux soumissionnaires vise autre chose qu'à corriger l'erreur matérielle commise dans le PV initial, il convient de dire que le grief de la requérante à ce propos ne saurait prospérer ;

➤ Sur la prise en compte des rabais

Considérant qu'à l'étape de l'examen détaillé des offres, l'autorité contractante a estimé que la condition d'offre moins disante dont est assortie le rabais de 15% consenti par l'entreprise GROUPE IBM n'est pas réunie et n'a pas pris en compte ledit rabais ;

d t o p

Considérant que la requérante reproche à l'autorité contractante de n'avoir pas pris en compte son rabais alors qu'elle a appliqué à son concurrent le groupement TERA/ECODI le rabais consenti au cas où son offre est retenue ; qu'elle dénonce le traitement inégalitaire réservé aux deux types de rabais qu'elle estime être de même nature ;

Considérant que dans la réglementation des marchés publics en vigueur, il n'existe que deux types de rabais que les soumissionnaires sont autorisés à consentir, le rabais conditionnel et le rabais inconditionnel régis par les clauses 14.1, 14.4 des Instructions aux candidats et IC 32.5 des données particulières du dossier-type d'appel d'offres pour la passation des marchés de travaux ;

Que s'agissant du rabais conditionnel prévu aux clauses 14.6 des instructions aux candidats et IC 32.5 précitée du DTAO, il n'est en réalité applicable que dans le cadre d'un marché à lots multiples et lorsqu'il y a possibilité d'attribuer plus d'un lot à un même soumissionnaire suivant la combinaison d'offres économiquement la plus avantageuse pour l'autorité contractante ;

Considérant qu'en l'espèce, l'appel d'offres étant en lot unique, le critère de l'attribution d'une pluralité de lots à un soumissionnaire est à exclure et il ne saurait par conséquent être admis la formulation régulière de rabais conditionnel dans le cadre de cette procédure ;

Considérant de plus, qu'à la clause c) du modèle de lettre de soumission inséré dans le DAO transmis aux candidats, un canevas articulé, comme suit, est défini pour la formulation des rabais éventuels que les candidats souhaiteraient consentir : « Rabais : si notre offre est retenue, les rabais ci-après seront accordés [*détailler tous les rabais offerts et les postes du détail quantitatif auxquels ils s'appliquent*] » ;

Considérant qu'en réponse à cette exigence du DAO, la requérante a non seulement formulé son rabais sans se conformer au canevas défini mais aussi a assorti l'application à la condition que son offre soit moins disante ;

Considérant qu'en posant une telle condition à l'application de son rabais alors que le présent appel d'offres est exclusif de tout rabais conditionnel, l'entreprise Groupe IBM ne s'est conformée ni aux exigences du DAO, ni aux critères réglementaires du rabais conditionnel précités ;

Considérant de plus que contrairement à l'argumentaire de la requérante, le rabais consenti par l'attributaire provisoire est incontestablement un rabais inconditionnel en ce qu'il est conforme au canevas du DAO et ne saurait en aucune manière être assimilé au rabais conditionnel formulé par la requérante ;

 

Que dans ce contexte, dès l'instant où il est établi que ce rabais assorti d'une condition irrégulière ne peut recevoir le même traitement que le rabais inconditionnel consenti par l'attributaire provisoire, il y a lieu de dire que c'est à bon droit que l'autorité contractante a refusé de prendre en compte un rabais dont la modalité serait que l'offre en elle-même soit déjà moins disante ; qu'ainsi le grief de la requérante y relatif mérite d'être simplement rejeté ;

➤ **Sur le traitement réservé au poste 10.1 « fourniture et pose d'un ascenseur »**

Considérant que l'entreprise Groupe IBM conteste le redressement opéré par l'autorité contractante sur son prix au poste 10.1 du cadre de devis quantitatif et estimatif ;

Qu'au soutien de son grief, elle relève une contradiction entre le nota bene de la page 118 du DAO qui précise que les travaux ne comprendront que la réservation sans la mise en place de l'ascenseur et le cadre de devis dudit dossier où il est prévu la quantité « 1 » ;

Considérant que l'examen du DAO fait effectivement ressortir une contradiction apparente entre sa page 118 qui indique en nota bene qu'il ne sera pas mis en place d'ascenseur proprement dit et le cadre de devis qui prévoit une ligne 10.1 intitulée « fourniture et pose d'un ascenseur » assorti d'une quantité à renseigner ;

Que cependant, l'absence de définition de caractéristiques techniques d'un quelconque ascenseur dans le DAO permet de déduire que les mentions du devis résultent d'une erreur matérielle de spécifications et que les dispositions de la page 118 doivent prévaloir pour régler le conflit entre les deux dispositions contradictoires ;

Considérant qu'en affirmant dans sa requête qu'il y a une contradiction entre le nota bene de la page 118 du DAO qui précise que les travaux ne comprendront que la réservation sans la mise en place de l'ascenseur et le cadre de devis où l'autorité contractante a mis une quantité 1, la requérante aurait pu, participer à l'amélioration du dossier à travers des demandes d'éclaircissements qu'elle pouvait adresser à l'autorité contractante plutôt que de formuler sa soumission sur la base des clauses qu'elle sait contradictoires ;

Considérant qu'au-delà de toute considération, étant donné que certains soumissionnaires ont formulé des prix audit poste, il revient à l'autorité contractante qui n'a pas entendu inclure l'acquisition d'un ascenseur dans la définition de ses besoins, d'évaluer les offres concernées en ne prenant pas en considération les prix facturés à ce propos ;

dt  

Qu'en tout état de cause dès lors, que les redressements effectués ont contribué à la diminution du montant de l'offre des soumissionnaires concernés y compris la requérante sans enfreindre le principe d'égalité de traitement des candidats, il y a lieu de dire que c'est à bon droit que l'autorité contractante y a procédé et que ce moyen ne saurait non plus prospérer ;

Considérant qu'au regard de tout ce qui précède, il convient de déclarer le recours de l'entreprise Groupe IBM non fondé et d'ordonner la mainlevée de la mesure de suspension prononcée par décision n° 081-2021/ARMP/CRD du 27 octobre 2021.

DECIDE :

- 1) Déclare le recours de l'entreprise GROUPE IBM non fondé ;
- 2) La déboute de tous ses moyens et prétentions ;
- 3) Ordonne en conséquence la mainlevée de la mesure de suspension prononcée par décision n° 081-2021/ARMP/CRD du 27 octobre 2021 ainsi que la poursuite de la procédure de passation de marché dont s'agit ;
- 4) Dit que la présente décision est immédiatement exécutoire nonobstant toutes voies de recours ;
- 5) Dit que le Directeur général par intérim de l'ARMP est chargé de notifier à l'entreprise GROUPE IBM, à l'organisme national chargé de l'action de l'Etat en Mer (ONAEM), 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