REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail-Liberté-Patrie

Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

DECISION N° 003-2017/ARMP/CRD DU 20 JANVIER 2017 DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN FORMATION LITIGES SUR LES RECOURS DES SOCIETES JAPAN MOTORS TOGO SAS ET TELE MOBIL INTERNATIONAL CONTESTANT LES RESULTATS PROVISOIRES DE L'APPEL D'OFFRES N° 002/2016/PRMP/ DU 09 SEPTEMBRE 2016 DU MINISTERE DE L'ENVIRONNEMENT ET DES RESSOURCES FORESTIERES RELATIF A L'ACQUISITION DE MATERIELS ROULANTS (VOITURES ET MOTOS TOUT TERRAIN) - LOT N° 1

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 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 société JAPAN MOTORS TOGO SAS datée du 15 décembre 2016 et enregistrée le même jour au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 3454 ;

Vu la requête de la société TELE MOBIL INTERNATIONAL datée du 14 décembre 2016 et enregistrée le 15 décembre 2016 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 3457 ;

Sur le rapport du Directeur général 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 le bien-fondé du recours ;

Par décision n° 090-2016/ARMP/CRD du 22 décembre 2016, le Comité de règlement des différends de l'ARMP a reçu les recours des sociétés JAPAN MOTORS TOGO SAS et TELE MOBIL INTERNATIONAL et a ordonné la jonction desdits recours et la suspension de l'appel d'offres sus-indiqué jusqu'au prononcé de la décision au fond.

Par lettre n° 2934/ARMP/DG/DRAJ du 22 décembre 2016, 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 d'envoi n° 0784/PRMP du 29 décembre 2016, reçu le même jour au secrétariat du CRD et enregistré sous le numéro 3606, le ministère de l'environnement et des ressources forestières a fait parvenir à l'ARMP la documentation ainsi réclamée.

LES FAITS

Le ministère de l'environnement et des ressources forestières a lancé le 09 septembre 2016 l'appel d'offres n° 002/2016/PRMP relatif à l'acquisition de matériels roulants.

Les fournitures sollicitées sont réparties en deux lots comme suit :

- lot n° 1 : matériels roulants à quatre roues, notamment :
    a) Quatre (04) véhicules Pick up 4x4 neufs, bâchés tout terrain, double cabines climatisés d'origine ;
    b) Un (01) véhicule neuf, berline, climatisé d'origine ;
- lot n° 2 : matériels roulants à deux roues : quarante (40) motos tout terrain.

Aux date et heure limites de dépôt des offres fixées au 10 octobre 2016 à 10 heures, la commission de passation des marchés publics du ministère de l'environnement et des ressources forestières a reçu et ouvert les offres de cinq (05) soumissionnaires, dont celles des sociétés JAPAN MOTORS TOGO SAS et TELE MOBIL INTERNATIONAL.

A l'issue de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a déclaré la société CFAO MOTORS attributaire provisoire des deux (2) lots pour des montants respectifs de cent sept millions six cent seize mille (107 616 000) francs CFA toutes taxes comprises pour le lot n° 1 et quatre-vingt-dix-neuf millions dix-huit francs (99 000 018) francs CFA toutes taxes comprises pour le lot n° 2.

Suite à la validation des résultats de l'évaluation des offres par la direction nationale du contrôle des marchés publics par lettre n° 3564/MEF/DNCMP/DRMP du 02 décembre 2016, la personne responsable des marchés publics du ministère de l'environnement et des ressources forestières a, par procès-verbal n° 0715/PRMP du 06 décembre 2016, transmis à tous les soumissionnaires y compris les sociétés JAPAN MOTORS TOGO SAS et TELE MOBIL INTERNATIONAL lesdits résultats.

Non satisfaites, les sociétés JAPAN MOTORS TOGO SAS et TELE MOBIL INTERNATIONAL ont, par requêtes enregistrées le 15 décembre 2016, saisi le Comité de règlement des différends pour contester les résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DES RECOURS

❖ **La société JAPAN MOTORS soutient à l'appui de son recours :**

- que le rejet de son offre pour non présentation de l'attestation de capacité financière n'est pas conforme aux exigences du dossier d'appel d'offres ;
- que le fait pour la banque d'avoir mentionné le nom de l'Officie togolais des recettes (OTR) en lieu et place du ministère de l'environnement et des ressources forestières n'est certainement que la résultante d'une erreur matérielle d'autant plus que l'OTR n'a lancé au cours de cette période aucun appel d'offres relatif à la livraison de matériels roulants ;
- que le certificat d'origine et la capacité financière sont des documents de post-qualification qui auraient pu lui être demandés conformément aux dispositions de l'article 56 du code des marchés publics ;

- que s'agissant des états financiers, elle ne pouvait pas fournir ceux des années 2013 et 2014 d'autant plus qu'elle n'a été installée au Togo qu'en septembre 2015 tel que l'atteste sa carte d'opérateur économique ;
- que c'est pour cette raison qu'elle a fourni en remplacement des chiffres d'affaires manquant une attestation de capacité financière d'un montant de 70 000 000 de F CFA ;
- que contrairement aux conclusions de la sous-commission d'analyse, le coût de ses services connexes est contenu dans le prix indiqué dans sa lettre de soumission ;
- qu'au regard de ce qui précède, elle prie le Comité de règlement des différends de bien vouloir la rétablir dans ses droits.

❖ **la société TELE MOBIL INTERNATIONAL soutient à l'appui de son recours:**

- que contrairement à la sous-commission qui a rejeté son offre au motif que le garage proposé pour les services après-vente ne dispose pas d'installations nécessaires, celui-ci dispose de toutes les installations nécessaires ;
- que ce garage est de type moderne et reconnu pour ses services de qualité lors de l'exécution de services après-vente de marchés précédents tel que l'atteste le contrat de partenariat joint à son offre ;
- que les différences relevées au niveau du poids en ordre de marche et du poids total roulant autorisé pour les pick up n'ont aucune incidence sur les caractéristiques essentielles du véhicule ;
- que son offre devait être jugée conforme pour l'essentiel et déclarée moins-disante d'autant plus qu'elle propose le même véhicule que l'attributaire provisoire dont l'offre financière est plus chère ;
- que s'agissant de la berline, le motif de rejet fondé sur la puissance n'est pas valable puisque la puissance maximale de 115 à 6050 tr/mn proposée est bel et bien comprise dans la fourchette exigée de 143 à 6200 tr/mn ;
- qu'au regard de ce qui précède, elle prie le Comité de règlement des différends de bien vouloir annuler les résultats provisoires de l'évaluation des offres soumises dans le cadre de l'appel d'offres susmentionné et de la rétablir dans ses droits.

LES MOYENS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

❖ Pour la société JAPAN MOTORS TOGO SAS

L'autorité contractante soutient dans son mémoire en réponse :

- que la ligne de crédit présentée par la société JAPAN MOTORS TOGO SAS dans son offre porte les références d'un appel d'offres lancé par l'Office Togolais des Recettes et non celui de l'appel d'offres en cause ;
- que la commission d'analyse a considéré cette insuffisance comme une non-conformité aux exigences du dossier d'appel d'offres et a donc rejeté son offre ;
- qu'en outre, la société JAPAN MOTORS TOGO SAS n'a présenté que le bilan de l'exercice 2015 alors qu'il est exigé des soumissionnaires de justifier des bilans des années 2013, 2014 et 2015 ;
- que par ailleurs, la société JAPAN MOTORS TOGO SAS n'a, nulle part, mentionné dans son offre que les services connexes sont inclus dans le coût des matériels présentés dans le bordereau des prix comme l'ont fait plusieurs soumissionnaires ;
- que c'est donc pour déterminer le montant total de son offre que la sous-commission a fait la sommation du prix des matériels et des services connexes.

❖ Pour la société TELE MOBIL INTERNATIONAL

L'autorité contractante soutient dans son mémoire en réponse :

- que le garage DJIRAMA AUTO CENTER proposé dans son offre par la société TELE MOBIL INTERNATIONAL a fait l'objet d'une visite d'une équipe de la sous-commission qui a constaté que ledit garage est en chantier et ne dispose pas de stock de pièces de rechange ;
- que plusieurs équipements et ateliers tels que la fosse mécanique auto, le pont élévateur et l'atelier d'électricité, entre autres, ne sont pas installés ;
- que les échanges avec le responsable dudit garage n'ont pas rassuré la sous-commission sur les délais d'acquisition et d'installation des équipements nécessaires à la réalisation d'un service après-vente conséquent ;
- que pour les pick up proposés par la requérante, ils ont un poids en ordre de marche de 2200 kg au lieu de celui compris entre 1900 et 1965 kg et un poids total roulant autorisé de 3200 kg au lieu de celui compris entre 2800 et 2830 kg ;

- que s'agissant de la berline, la puissance maximale proposée de 143 à 6200 tr/mn n'est pas conforme à celle exigée qui est de 115 à 6050 tr/mn ;

- que tenant compte de ces insuffisances, la sous-commission d'analyse a donc dû disqualifier ce soumissionnaire de l'attribution du marché ;

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur la conformité des offres des sociétés JAPAN MOTORS TOGO SAS et TELE MOBIL INTERNATIONAL par rapport aux exigences du dossier d'appel d'offres.

AU FOND

❖ Sur le recours de la société JAPAN MOTORS TOGO SAS

✓ Sur la régularité des corrections opérées sur l'offre financière

Considérant que l'objet du lot n° 1 de l'appel d'offres sus-indiqué porte sur la fourniture d'un véhicule berline et de quatre (04) véhicule Pick uk ;

Qu'à la section V, de l'appel d'offres, il est requis des soumissionnaires de fournir un certain nombre de services connexes dont l'immatriculation des voitures et la visite technique ;

Considérant qu'en réponse à cette exigence, la société JAPAN MOTORS TOGO SAS a indiqué dans le tableau du bordereau des prix et calendrier de réalisation des services connexes de son offre, les coûts de ses services connexes que la sous-commission d'analyse a ajoutés au montant de son offre pour obtenir un montant total de 189 980 000 F CFA ;

Considérant que la société JAPAN MOTORS TOGO SAS conteste cette correction opérée sur son offre financière en arguant que le prix de ses services connexes est toujours inclus dans le prix total contenu dans sa lettre de soumission et ne saurait, en tout état de cause, atteindre le montant de 94 990 000 F CFA tel que retenu par la sous-commission d'analyse ;

Considérant qu'en matière de marchés de fournitures, le coût des services connexes se distingue généralement de celui des matériels, objet de l'appel d'offres ; que cette distinction se trouve être matérialisée dans le dossier d'appel à la concurrence par la présentation de deux bordereaux de prix distincts, notamment le bordereau des prix des biens sollicités et celui des services connexes comme c'est le cas d'ailleurs en l'espèce ;

Considérant que si, pour des raisons de politique commerciale, un soumissionnaire souhaite offrir gratuitement ces services connexes à l'acquéreur, il lui appartient normalement de le préciser dans son offre, en indiquant clairement dans sa lettre de soumission ou dans le bordereau dédié aux services connexes que ceux-ci sont gratuits ;

Qu'en l'espèce, en reprenant le coût des fournitures sollicitées dans les bordereaux des prix et calendrier de réalisation des services connexes, cela porte à croire que la requérante a entendu facturer ces services à ce prix, ce qui a conduit la sous-commission d'analyse à l'ajouter au prix de l'offre afin de déterminer le montant réel de son offre financière ;

Que dans ce contexte, il convient de dire que c'est à tort que la société JAPAN MOTORS TOGO SAS contexte la correction opérée par la sous-commission d'analyse sur son offre ;

- ✓ **Sur l'attestation de capacité financière produite par la société JAPAN MOTORS TOGO SAS**

Considérant que suivant la clause 5.1 des Données particulières de l'appel d'offres, il est exigé des candidats de disposer d'une ligne de crédit au moins égale à 0,5 fois le montant de leurs offres ;

Considérant qu'en réponse à cette exigence, la société JAPAN MOTORS TOGO SAS a produit dans son offre une attestation de capacité financière à elle délivrée par ECOBANK ;

Que suivant les termes de cette attestation, ladite banque dit s'engager « à octroyer à la société JAPAN MOTORS TOGO SAS une ligne de crédit à hauteur de soixante-dix millions (70 000 000) de francs CFA, au cas où elle serait déclarée attributaire du marché relatif à la livraison de matériels roulant, dans le cadre de l'appel d'offres AON n° 002/2016/PRMP lancé par l'Office togolais des recettes » ;

Que la sous-commission d'analyse est parvenue à la conclusion selon laquelle l'attestation de capacité financière concernée est produite pour le compte de l'Office togolais des recettes et non au profit du ministère de l'environnement et des ressources forestières qui est autorité contractante en l'espèce et a donc rejeté l'offre de la requérante ;

Considérant que la requérante conteste ce motif en arguant que le fait d'avoir indiqué sur l'attestation de capacité financière le nom de l'OTR et non celui du ministère de l'environnement et des ressources forestières n'est qu'une erreur qui aurait pu être rectifiée si l'autorité contractante lui avait adressé une demande d'éclaircissement ;

Considérant que l'appel d'offres susmentionné, lancé par le ministère de l'environnement et des ressources forestières, porte sur l'acquisition de matériel roulants et est référencé n° 002/2016/PRMP ;

Considérant que même s'il est vrai que l'objet auquel l'attestation de capacité financière produite se rapporte et les références qui y sont indiquées sont identiques à ceux de l'appel d'offres susmentionné, il n'en demeure pas moins qu'elle porte le nom de l'Office togolais de recettes et non celui du ministère de l'environnement et des ressources forestières ;

Considérant cependant que même s'il s'agit d'une erreur matérielle comme tente de se défendre la requérante, il convient de dire que cette erreur qui porte sur un élément substantiel a changé le sens véritable de l'attestation émise qui se retrouve être une attestation libellée au nom d'une autre structure que celui de l'autorité contractante qui est censée en être le bénéficiaire ;

Que dès lors que l'engagement devant être contenu dans l'attestation doit être libellé au profit du ministère de l'environnement et des ressources forestières et qu'en l'espèce, il est pris en faveur d'une autre autorité contractante, il ne saurait être considéré comme un document valable ; que le défaut de mentions essentielles telles que l'identité du bénéficiaire équivaut à l'absence de production dudit document ;

Considérant que tenant compte de ce qui précède, il y a lieu de dire que l'attestation produite ne saurait être considérée valable au titre du présent appel d'offres ; qu'ainsi, c'est à juste titre que la sous-commission d'analyse a jugé ledit document non valide dans le cadre du présent appel d'offres ;

- ✓ **Sur l'exigence de chiffre d'affaires**

Considérant que suivant les clauses 5.1 a) et b) Capacité financière, des Données particulières de l'appel d'offres, il est exigé des candidats de disposer d'une moyenne de chiffre d'affaires des années 2013, 2014 et 2015 supérieure ou égale à 0,5 fois le montant de leurs offres et de présenter les états financiers certifiés ou extraits des états financiers certifiés correspondants ;

Qu'en application de la clause précitée, pour se voir qualifié pour l'attribution du marché, tout soumissionnaire doit présenter les états financiers certifiés des années 2013, 2014 et 2015 dont la moyenne des chiffres d'affaires doit correspondre à 0,5 fois le montant de son offre ;

Considérant que l'examen de l'offre de la société JAPAN MOTORS TOGO SAS fait ressortir qu'elle n'a produit que les états financiers certifiés de l'année 2015 qui font ressortir un chiffre d'affaires d'un montant de 205 148 400 F CFA ;

Que pour justifier cette carence de son offre, la requérante soutient que n'étant créée qu'en 2015, elle ne peut produire que le chiffre d'affaires correspondant à cette année avant de conclure que, c'est pour cette raison qu'elle a fourni, conformément à l'article 48 du code des marchés publics, une attestation de capacité financière d'un montant de soixante-dix millions (70 000 000) ;

Considérant que suivant la carte d'opérateur économique produite dans son offre, la société JAPAN MOTORS TOGO SAS a effectivement débuté ses activités en janvier 2015 ; que de cette date jusqu'à celle du dépôt des offres, la société JAPAN MOTORS TOGO SAS n'a eu que 20 mois d'activités ;

Que cette situation justifie qu'elle ne puisse pas produire les chiffres d'affaires des années exigées d'autant plus que sa période d'activités ne couvre pas toutes ces années ;

Considérant cependant qu'il est de jurisprudence constante du Comité de règlement des différends qu'en application de l'article 48 du code des marchés publics, si pour une raison justifiée, un soumissionnaire n'est pas en mesure de fournir les capacités financières exigées, il peut produire tout autre document que l'autorité contractante jugera acceptable ;

Qu'au regard des dispositions de l'article 48 précité et contrairement aux prétentions de la requérante, le soumissionnaire dont le chiffre d'affaires moyen annuel s'avère insuffisant et qui souhaite se voir appliquer le bénéfice de ces dispositions, devra produire lors de la présentation de sa soumission un document substitutif à ce titre ;

Qu'en l'espèce, il est constant que le soumissionnaire JAPAN MOTORS TOGO SAS n'a produit dans son offre aucun autre document de substitution d'autant plus que l'attestation de capacité financière qu'elle évoque a été produite au titre de l'exigence de capacité financière posée par la clause 5.1 c) des données particulière de l'appel d'offres ;

Qu'en l'absence de tout autre document produit en substitution de son chiffre d'affaires, c'est à juste titre que la sous-commission d'analyse a retenu que la requérante ne satisfait pas à l'exigence de chiffre d'affaires posée par la clause 5.1 a) des Données particulières de l'appel d'offres ;

❖ **Sur le recours de la société TELE MOBIL INTERNATIONAL**

Considérant qu'à la section V, 2 Cahier des clauses techniques du dossier d'appel d'offres mis à la disposition des candidats, l'autorité contractante a décrit dans un tableau les spécifications techniques attendues des véhicules à fournir ;

Considérant qu'en réponse, le soumissionnaire TELE MOBIL INTERNATIONAL a décrit dans son offre les spécifications techniques des véhicules qu'il a proposés ;

Considérant que l'examen de ces caractéristiques techniques fait ressortir qu'elles sont pour la plupart identiques à celles définies dans le dossier d'appel d'offres à l'exception de celles concernant :

- pour les pick up, le poids en ordre de marche de 2200 kg alors qu'il est requis un poids compris entre 1900 et 1965 kg et un poids total roulant de 3200 kg au lieu d'un poids compris entre 2800 et 2830 kg ;
- pour la berline, la puissance maximale proposée est de 143 à 6200 tr/min au lieu de 115 à 6050 tr/min ;

Considérant que tirant conséquence des écarts constatés dans les caractéristiques techniques proposées par rapport à celles exigées, la sous-commission d'analyse a, à l'issue de l'évaluation des offres, rejeté l'offre de la société TELE MOBIL INTERNATIONAL au motif que les véhicules qu'elle a proposés ne sont pas conformes aux spécifications techniques définies dans le dossier d'appel d'offres ;

Considérant que la requérante conteste ce motif et relève que le poids en ordre de marche et le poids total roulant ne sont pas déterminants pour justifier la décision de la sous-commission d'analyse ; que s'agissant de la berline, elle estime que la puissance maximale proposée est bien conforme à celle exigée ;

Considérant que contrairement aux allégations de la requérante, suivant lesquelles elle a proposé le même véhicule que l'attributaire retenu, un examen de l'offre de ce dernier révèle qu'elle est conforme à tous égards aux exigences liées aux caractéristiques techniques ;

Considérant qu'il est de règle que l'attribution d'un marché public se fait à un soumissionnaire qui a présenté l'offre conforme, évaluée moins disante et qui satisfait aux critères de qualification ;

Considérant que par définition, une offre conforme pour l'essentiel est une offre conforme à toutes les stipulations, spécifications et conditions du dossier d'appel d'offres, sans divergence, réserve ou omission substantielles ;

Considérant que même s'il est vrai que dans le processus d'évaluation des offres certains cas de non-conformités, d'omissions ou de divergences non substantielles peuvent être tolérés, il n'en demeure pas moins que seule l'autorité contractante qui a défini ses besoins et connaît leur destination peut décider de tolérer ou non les écarts et omissions relevés dans les spécifications techniques des véhicules proposés par les candidats ; qu'ainsi, aucun soumissionnaire y compris la requérante ne saurait obliger l'autorité contractante à accepter son offre qui comporte des écarts ;

Qu'en l'espèce, qu'il s'agisse des véhicules berline ou des pick up, les spécifications techniques proposées présentent des écarts par rapport à celles requises par le dossier d'appel d'offres ;

Que ces caractéristiques sont non seulement non conformes à celles exigées mais aussi de nature à impacter sur les conditions d'utilisation des véhicules sollicités ;

Que dès lors que l'offre de la société TELE MOBIL INTERNATIONAL est déclarée non conforme, ce soumissionnaire doit être disqualifié de l'attribution du marché sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requérante ;

DECIDE :

1) Dit que les offres des soumissionnaires TELE MOBIL INTERNATIONAL et JAPAN MOTORS TOGO SAS ne sont pas conformes aux exigences du dossier d'appel d'offres ;

2) Déclare en conséquence leurs recours non fondés et les déboute de toutes prétentions ;

3) Ordonne la mainlevée de la mesure de suspension prononcée par décision n° 090-2016/ARMP/CRD du 22 décembre 2016 ;

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

5) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier aux sociétés TELE MOBIL INTERNATIONAL et JAPAN MOTORS TOGO SAS, au ministère de l'environnement et des ressources forestières, 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