

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail – Liberté - Patrie



TRANSPARENCE - EQUITE - DEVELOPPEMENT

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

**DECISION N° 004 - 2012/ARMP/CRD DU 15 FEVRIER 2012
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DU GROUPE AFRIATECH CONTESTANT LE
REJET DE SON OFFRE DANS LE CADRE DE L'APPEL D'OFFRES OUVERT RELATIF A
LA FOURNITURE DE TRENTE MILLE (30 000) TONNES D'ENGRAIS VIVRIERS AU
MINISTERE DE L'AGRICULTURE, DE L'ELEVAGE ET DE LA PECHE (MAEP)**

**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;


2012

Vu le décret n° 2011-145/PR du 16 septembre 2011 portant nomination des membres du conseil de régulation ;

Vu le décret n° 2011-148/PR du 12 octobre 2011 portant nomination du directeur général de l'autorité de régulation des marchés publics (ARMP) ;

Vu la décision n° 002/2012/ARMP/CR du 3 janvier 2012 portant règlement intérieur du Conseil de régulation des marchés publics ;

Vu la décision n° 003/2012/ARMP/CR du 3 janvier 2012 portant nomination des membres du Comité de règlement des différends (CRD) ;

Vu le recours du groupe AFRIATECH en date du 07 février 2012 enregistré le même jour sous le numéro 125 au secrétariat du Comité de règlement des différends ;

Après avoir entendu le rapport de M. ALAKI Essoham, Directeur de la Réglementation et des Affaires Juridiques (DRAJ), rapporteur présentant les moyens et les conclusions des parties ;

En présence de Madame Ayélé DATTI, Président, de MM. Alexis Coffi AQUEREBURU, Abeyeta DJENDA et de Kuami Gaméli LODONOU, membres du Comité de règlement des différends;

De Monsieur Théophile Kossi René KAPOU, Directeur Général de l'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD et de Madame Maguette Kane DIOP, observateur ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Adopte la présente délibération fondée sur la régularité du recours, les faits et moyens exposés ci-après :

Par lettre n° 000518 en date du 07 février 2012, le groupe AFRIATECH a saisi le Comité de règlement des différends (CRD) d'un recours en contestation du rejet de son offre résultant de l'évaluation de l'appel d'offres cité en objet.

SUR LA RECEVABILITE

Considérant que par lettre mémoire du 7 février 2012, adressée au Directeur général de l'ARMP et reçue le même jour, le groupe AFRIATECH a reproché à la Commission de passation des marchés publics du Ministère de l'Agriculture, de l'Elevage et de la Pêche (MAEP) d'avoir déclaré infructueux le processus de passation du marché par suite de la disqualification de tous les soumissionnaires du lot 3 relatif à la fourniture de douze mille (12 000) tonnes d'engrais Urée 46 % (N) ;

 2

Considérant que cette saisine fait suite au recours gracieux, resté sans suite, introduit par lettre datée du 27 janvier 2012 et reçue le 30 janvier 2012 au MAEP ;

Considérant qu'aux termes de l'article 123 du décret n° 2009-277/PR du 11 novembre 2009 portant code des marchés publics et délégations de service public, le recours devant l'autorité contractante peut porter sur la décision d'attribuer ou de ne pas attribuer le marché public ou la délégation de service public ;

Qu'aux termes de l'article 125 al 2 du code des marchés publics, en l'absence de décision rendue par la personne responsable des marchés publics dans les cinq (05) jours de sa saisine, le requérant peut également saisir l'Autorité de régulation des marchés publics ;

Considérant que le groupe AFRIATECH, prise en la personne de son Directeur Général ; a par lettre n° 000411 datée du 07 février 2012, enregistrée le même jour au secrétariat du CRD, introduit un recours en contestation de la disqualification de son offre pour défaut de qualité de fabricant d'engrais, soit le sixième jour ouvrable après l'expiration du délai réglementaire accordé à l'autorité contractante pour rendre sa décision ; qu'il s'ensuit que le recours a été exercé dans le délai ;

Que le groupe AFRIATECH a introduit son recours dans le délai ; qu'il convient de le déclarer recevable ;

LES FAITS

Pour répondre aux besoins du monde agricole, le gouvernement togolais a décidé de mettre à la disposition des paysans des intrants agricoles pour la campagne 2012-2013. A cet effet, le Ministère de l'Agriculture, de l'Elevage et de la Pêche (MAEP) a lancé le 05 décembre 2011 un appel d'offres pour la fourniture de trente mille (30 000) tonnes d'engrais vivriers répartis en trois (3) lots :

- Lot 1 : dix mille (10 000) tonnes d'engrais NPK 15.15.15 complexes ;
- Lot 2 : huit mille (8 000) tonnes d'engrais NPK 15.15.15 complexes ;
- Lot 3 : douze mille (12 000) tonnes d'engrais Urée 46 % (N) ;

Pour acquérir ces intrants dans les meilleurs délais, le gouvernement à travers le MAEP a pris l'option de faire un large appel uniquement aux fabricants d'engrais complexes.

A l'issue de l'évaluation des offres, les lots 1 et 2 ont été attribués tandis que le lot 3 a été déclaré infructueux parce que tous les soumissionnaires ont été disqualifiés.

Le groupe AFRIATECH qui fait partie des quatre soumissionnaires disqualifiés a, par lettre n° 000411 du 27 janvier 2012, contesté les résultats de l'évaluation des offres et la décision de l'autorité contractante.



3

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

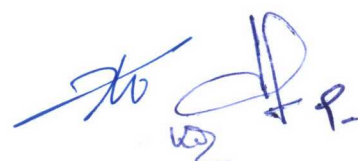
A l'appui de sa requête, le groupe AFRIATECH soutient que :

- bien que le dossier d'appel d'offres indique avoir fait uniquement un large appel aux fabricants d'engrais complexes, il n'interdit nullement qu'un fabricant d'engrais donne mandat à des sociétés togolaises pour agir ;
- étant mandataire de la société YARA BALDERTON Ltd, spécialisée dans la fabrication d'engrais complexes, la qualité du soumissionnaire devait être appréciée par rapport à la qualité de fabricant du mandant ;
- le dossier d'appel d'offres n'a nullement exigé que le mandataire doit être spécialisé dans la fabrication de l'engrais ; même si c'était le cas, pourquoi demander alors « l'autorisation du fabricant » ;
- la décision de disqualifier son offre en ce qu'il n'est pas fabricant d'engrais est entachée d'arbitraire et constitue un frein au développement des entreprises togolaises et de l'économie nationale ;

LES MOTIFS DONNES PAR LE MAEP

Par lettres n° 377/MAEP/CAB/PRMP du 27 janvier 2012 et n° 386/MAEP/CAB/PRMP du 8 février 2012, adressées à Monsieur le Directeur général du groupe AFRIATECH, l'autorité contractante observe ce qui suit :

- l'avis d'appel d'offres stipule en son point 3, après avoir défini au point 2 le marché et les lots qui le constituent (à savoir l'ensemble des trois (3) lots) que la passation du marché sera conduite par appel d'offres ouvert uniquement aux fabricants selon les procédures édictées par le décret n° 2009-277/PR du 11 novembre 2009 portant code des marchés publics et délégations de service public au Togo ; ainsi cette clause de l'avis d'appel d'offres est valable aussi bien pour l'engrais NPK 15 15 15 complexe que pour l'engrais Urée 46 % (N) ;
- l'autorisation du fabricant s'analyse en recoupant avec le certificat d'origine : c'est pour éviter que le soumissionnaire non fabricant, en position d'intermédiaire, ne se fasse délivrer une autorisation par le fabricant ;
- l'évaluation de l'offre du requérant est conforme aux critères de recevabilité des offres et de qualification des soumissionnaires tels que prévus dans le dossier d'appel d'offres ;
- En considérant ces manquements, l'offre du groupe AFRIATECH a été déclarée non conforme parce que ledit soumissionnaire n'est pas fabricant d'engrais Urée 46 % (N) tel qu'exigé par le dossier d'appel d'offres.



4

OBJET DU RECOURS

Il résulte des faits et motifs ci-dessus exposés que le litige porte sur :

- la validité de la clause de référence aux fabricants d'engrais complexes du dossier d'appel d'offres ouvert ; et
- la conformité ou non de l'offre du requérant aux critères de qualification indiqués dans le dossier d'appel d'offres.

EXAMEN DU LITIGE AU FOND

1- Sur la validité de la clause de référence aux fabricants d'engrais complexes du dossier d'appel d'offres ouvert

Considérant qu'aux termes de l'article 2 de la loi n° 2009-013 du 30 juin 2009 relative aux marchés publics et délégations de service public, les règles de passation des marchés reposent sur les principes de concurrence, de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, d'économie et d'efficacité du processus d'acquisition et de transparence des procédures ;

Que l'affirmation de ces principes vise, d'une part, à stimuler le jeu de la concurrence et, d'autre part, à limiter les entraves que l'autorité contractante pourrait opposer à la participation de certaines entreprises aux procédures d'appel d'offres qu'elle organise ;

Considérant qu'il ressort du point 1 de l'avis d'appel d'offres paru dans le quotidien « Togo-Press » du 5 décembre 2012 que le gouvernement togolais a été handicapé au cours des années 2005 à 2008, dans sa politique de sécurité alimentaire, par d'importants retards enregistrés dans la livraison d'engrais vivriers commandés aux fournisseurs attributaires des marchés ; que pour éviter de retomber dans ces difficultés ayant pénalisé la production et créé des déficits en produits céréaliers, il a pris l'option, pour la campagne 2012 – 2013, de ne faire appel uniquement qu'aux fabricants d'engrais complexes ;

Que cette option, qui se justifie non seulement au regard de la sécurité alimentaire et de la nécessité de rendre disponibles les stocks d'intrants pour toute la campagne agricole, constitue néanmoins une entrave à la liberté d'accès à la commande publique ;

Qu'au regard ce qui précède, l'option de recourir uniquement aux fabricants d'engrais complexes n'est pas conforme aux dispositions de l'article 2 de la loi n° 2009-013 précitée;



5

2- Sur la conformité ou non de l'offre du requérant aux critères de qualification indiqués dans le dossier d'appel d'offres

Considérant que la clause IC 5.1 des Données Particulières de l'Appel d'Offres (DPAO) dispose que le candidat doit répondre aux critères minima de qualifications suivants en établissant la preuve qu'il :

- dispose de crédits ou d'autres facilités financières d'un montant égal au montant de l'offre financière proposée pour le marché ;
- a justifié d'un chiffre d'affaires annuel moyen au moins égal à 0,5 fois l'offre financière du soumissionnaire, au cours des cinq dernières années ;
- a exécuté avec succès, en tant que fournisseur principal, au moins un marché similaire au cours des cinq dernières années ; l'exécution de marché avec succès dans les pays de la sous-région ouest africaine est un atout ;
- respectera, à partir d'un planning prévisionnel détaillé de mise en œuvre du marché soumissionné, le délai de livraison des engrais ;
- fournira les engrais conformément aux textes relatifs à l'utilisation des intrants au Togo ;

En outre, le candidat doit fournir :

- une autorisation de fourniture du fabricant (selon le modèle transmis DAO) ;
- une attestation de référence bancaire (selon le modèle transmis DAO) ;

Considérant que dans son offre technique, le groupe AFRIATECH a dit avoir réalisé seize (16) projets non justifiés par les procès-verbaux ou les attestations de bonne fin comme l'exige le dossier ; qu'aucun des projets listés par le soumissionnaire dans son offre technique n'a pour objet la fourniture d'engrais vivriers ; que ces projets ne sont pas similaires à l'objet du marché ; qu'il s'ensuit que le requérant n'est pas qualifié au regard de la clause IC 5.1 des DPAO ;

Que conformément à la clause IC 5.1 précitée, l'offre technique qui ne respecte pas tous les critères édictés est automatiquement éliminée ; c'est à bon droit que l'autorité contractante a écarté l'offre du requérant comme non conforme ;

Considérant, par ailleurs, qu'il résulte de la clause IC 11.14 des DPAO que le candidat devra joindre à son offre une attestation ou autorisation du fabricant de l'engrais par laquelle, il s'engage à vendre sans délais ni restrictions au fournisseur non-fabricant, les quantités nécessaires pour s'acquitter de ses obligations dans le cadre du présent appel d'offres (une seule attestation ou autorisation par type d'engrais) ;

Considérant que s'agissant d'un appel d'offres ouvert qui fait un large appel uniquement aux fabricants d'engrais complexes ; que par suite, en exigeant que la non validité ou la non-conformité de l'autorisation de fabricant peut rendre



6

l'offre éliminatoire est de nature à créer une confusion dans l'esprit des soumissionnaires ;

Qu'ainsi le dossier d'appel d'offres comporte des dispositions contradictoires et équivoques qu'il convient de purger ;

Considérant enfin qu'il est constant que le dossier d'appel d'offres, bien qu'ouvert conformément à l'article 18 du code des marchés publics, ne s'adresse qu'aux seuls fabricants d'engrais complexes ; que dans sa requête, le groupe AFRIATECH ne conteste nullement n'avoir pas la qualité de fabricant telle qu'exigée par le dossier d'appel d'offres aux fins de la qualification ;

Considérant, en effet, qu'un dossier d'appel à la concurrence est un document contractuel qui exige des candidats et des soumissionnaires une fidélité à ses instructions de forme et de fond dans la confection des soumissions et qu'il leur appartient de prendre toutes les diligences nécessaires pour se conformer aux exigences dudit dossier ;

Qu'en participant à l'appel d'offres en sachant qu'il n'a pas la qualité de fabricant d'engrais, abstraction faite de tout argument surabondant tenant lieu à un quelconque mandat, le groupe AFRIATECH n'a pas tiré toutes les conséquences de la clarté des conditions de l'appel d'offres ; qu'il y a lieu de rejeter ce moyen comme non fondé ;

DECIDE :

- 1) Dit que la requête introduite par le groupe AFRIATECH est recevable en la forme ;
- 2) Dit que l'option de l'autorité contractante de ne faire appel uniquement qu'aux fabricants d'engrais complexes est contraire au principe de libre accès à la commande publique ;
- 3) Dit que le requérant n'a satisfait ni au critère de recevabilité de son offre tenant à la qualité de fabricant d'engrais complexes ni au critère de qualification relatif à l'exécution d'un marché similaire tels que prévus par le dossier d'appel d'offres ;
- 4) Dit que le dossier d'appel d'offres contient des clauses contraires au principe d'accès à la commande publique qu'il convient de purger ;



7

- 5) Ordonne, en conséquence, le retrait des clauses incriminées du dossier d'appel d'offres relatif au lot 3 (fourniture de douze mille (12 000) tonnes d'engrais Urée 46 % (N)) en vue de sa relance ;
- 6) Dit que le Directeur Général de l'ARMP est chargé de notifier au groupe AFRIATECH, au Ministère de l'agriculture, de l'élevage et de la pêche (MAEP) 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 Président



Ayéle DATTI

LES MEMBRES



Kuami Gaméli LODONOU



Abeyeta DJENDA



Alexis Coffi AQUEREBURU

Le Directeur Général de l'ARMP
Rapporteur



Théophile Kossi René KAPOU