

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail-Liberté-Patrie



Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

----- COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS -----

**DECISION N° 009-2017/ARMP/CRD DU 08 MARS 2017
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN FORMATION LITIGES SUR LES RECOURS DE LA COMPAGNIE
DES INTRANTS AGRICOLES DU TOGO (CIAT) SARL ET DE LA SOCIETE
ELCO INFRA SARL U CONTESTANT LES RESULTATS PROVISOIRES
DE L'APPEL D'OFFRES INTERNATIONAL N° 004/2016/FNGPC COOP-CA
DU 30 SEPTEMBRE 2016 DE LA NOUVELLE SOCIETE COTONNIERE DU
TOGO (NSCT) RELATIF A LA FOURNITURE D'ENGRAIS POUR FUMURE
DES COTONNIERS, CAMPAGNE 2017-2018 (LOTS N° 1, N° 2 et N° 3)**

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 référencée 011/02/CIAT/2017 datée du 24 février 2017 de la Compagnie des Intrants Agricoles du Togo (CIAT) Sarl et enregistrée le 27 février 2017 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 0525 ;

Vu la requête référencée 005-17/EI/DG datée du 27 février 2017 de la société ELCO INFRA Sarl U et enregistrée le même jour au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 0537 ;

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 la recevabilité et le bien-fondé des recours ;

Par requête datée du 24 février 2017 et enregistrée le 27 février 2017 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 0525, la Compagnie des Intrants Agricoles du Togo , ayant son siège social à Lomé, Tél : (228) 22 71 05 25, Fax : 22 71 05 26, BP : 31326, représentée par son Directeur général, Monsieur Jean-Gérard DESANTI, a saisi le Comité de règlement des différends d'un recours en contestation des résultats provisoires de l'appel d'offres international n° 004/2016/FNGPC COOP-CA du 30 septembre 2016 de la Nouvelle Société Cotonnière du Togo (NSCT) relatif à l'achat d'engrais au profit des producteurs de coton pour la campagne 2017-2018.

Par requête datée du 27 février 2017 et enregistrée le même jour au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 0537, la société ELCO INFRA Sarl U, ayant son siège social à Lomé, tél : (228) 22 26 11 63, 01 BP 4142 Lomé 01, représentée par sa Gérante, Madame BEGUEDOU Essobiléoua, a saisi le Comité de règlement des différends d'un recours en contestation des résultats provisoires du même appel d'offres.



SUR LA RECEVABILITE DES RECOURS

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 ;

✓ Pour le recours de la Compagnie des Intrants Agricoles du Togo

Considérant qu'il résulte des faits évoqués ci-après que la personne responsable des marchés publics de la Nouvelle Société Cotonnière du Togo a, par lettre n° 0051/2017/NSCT/DG/PRMP du 16 février 2017 reçue le 17 février 2017, informé la Compagnie des Intrants Agricoles du Togo des résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné et corrélativement du rejet de son offre ;

Que non satisfaite, la Compagnie des Intrants Agricoles du Togo a, par lettre datée du 24 février 2017, saisi le Comité de règlement des différends pour contester le rejet de son offre ;

Considérant que le délai prescrit à l'article 62 susvisé du code des marchés publics est un délai franc et, par conséquent, commence à courir à compter du lendemain de la date de notification des résultats, soit le 20 février 2017 à 00 heure pour expirer le 10 mars 2017 à 00 heure ;

Considérant que le recours de la Compagnie des Intrants Agricoles du Togo daté du 24 février 2017 est enregistré le 27 février 2017 au secrétariat du CRD ; qu'en introduisant ainsi son recours avant l'expiration du délai prévu à l'article 62 susvisé du code des marchés publics, la Compagnie des Intrants Agricoles du Togo a agi dans le délai prescrit ;

Qu'en conséquence, il y a lieu de déclarer le recours de la Compagnie des Intrants Agricoles du Togo recevable ;

✓ Pour le recours de la société ELCO INFRA Sarl U

Considérant qu'il résulte des faits évoqués ci-après que, par lettre référencée n° 0051/2017/NSCT/DG/PRMP du 16 février 2017 reçue le 17 février 2017, la personne responsable des marchés publics de la Nouvelle Société Cotonnière du Togo a informé la société ELCO INFRA Sarl U des résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné et corrélativement du rejet de son offre ;

Que non satisfaite, la société ELCO INFRA Sarl U a, par lettre du 27 février 2017, saisi le Comité de règlement des différends pour contester le rejet de son offre ;



Considérant que le délai prescrit à l'article 62 susvisé du code des marchés publics est un délai franc et, par conséquent, commence à courir à compter du lendemain de la date de notification des résultats, soit le 20 février 2017 à 00 heure pour expirer le 10 mars 2017 à 00 heure ;

Considérant que le recours de la société ELCO INFRA Sarl U daté du 27 février 2017 est enregistré le même jour au secrétariat du CRD ; qu'en introduisant ainsi son recours avant l'expiration du délai prévu à l'article 62 susvisé du code des marchés publics, la société ELCO INFRA Sarl U a agi dans le délai prescrit ;

Qu'en conséquence, il y a lieu de déclarer le recours de la société ELCO INFRA Sarl U recevable.

SUR LA JONCTION DES RECOURS

Considérant que les recours de la Compagnie des Intrants Agricoles du Togo et de la société ELCO INFRA Sarl U sont dirigés contre la même autorité contractante et portent sur le même appel d'offres ; qu'ainsi, dans l'intérêt d'une bonne administration desdits recours, il y a lieu d'ordonner leur jonction pour qu'il soit statué par une seule et même décision.

LES FAITS

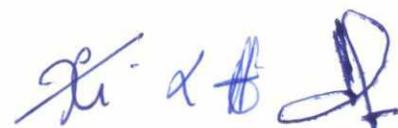
La Nouvelle Société Cotonnière du Togo (NSCT) a lancé le 30 septembre 2016 l'appel d'offres international n° 004/2016/FNGPC COOP-CA relatif à la fourniture d'engrais pour fumure des cotonniers, campagne 2017-2018.

Les fournitures sollicitées sont réparties en cinq (05) lots et composées essentiellement d'engrais coton NPKSB (12-20-18-5-1) et d'urée CO (NH₂)² à 46 %.

Aux date et heure limites de dépôt des offres fixées au 30 septembre 2016 à 09 heures 45 minutes, la commission de passation des marchés publics de la NSCT a reçu et ouvert vingt-trois (23) offres dont celles des requérants susnommés.

A l'issue de l'évaluation des offres relatives aux lots n° 1, n° 2 et n° 3, et en application de la clause du dossier d'appel d'offres selon laquelle aucun soumissionnaire ne peut être attributaire de plus d'un lot, la sous-commission d'analyse a déclaré attributaires provisoires des trois premiers lots les soumissionnaires ci-après :

- SOCIETE FASO DJIGUI (SFD) Sarl, pour un montant de deux milliards trois cent quatre-vingt-neuf millions quatre cent huit mille huit cents (2 389 408 800) francs CFA toutes taxes comprises (lot n° 2) ;



- BISOMAC INTERNATIONAL, pour un montant d'un milliard huit cent cinquante-six millions (1 856 000 000) de francs CFA toutes taxes comprises (lot n° 3).

Parallèlement, les offres des soumissionnaires ESSOWASSIM et ELCO INFRA Sarl U ont été rejetées pour motif de concertation.

Après l'avis de non objection de la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) donné par lettre n° 0399/MEF/DNCMP/DRMP&DAJ datée du 10 février 2017, la personne responsable des marchés publics de la NSCT a, par lettre n° 0051/2017/NSCT/DG/PRMP datée du 16 février 2017, informé respectivement les soumissionnaires CIAT Sarl et ELCO INFRA Sarl U des résultats provisoires des lots n° 1, 2 et 3 de l'appel d'offres susmentionné et corrélativement du rejet de leurs offres.

Non satisfaits, les soumissionnaires CIAT Sarl et ELCO INFRA Sarl U ont respectivement, par requêtes datées des 24 et 27 février 2017, 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

Les soumissionnaires CIAT Sarl et ELCO INFRA Sarl U contestent les résultats provisoires de l'appel d'offres sus-évoqué.

Le soumissionnaire CIAT Sarl soutient à l'appui de son recours :

- que l'autorité contractante l'a disqualifié pour mauvaise exécution de marché antérieur, sans aucun fondement tiré du code des marchés publics ou du droit de l'OHADA ;
- que le motif de rejet de ses offres n'est pas fondé dans la mesure où il dispose des moyens matériels et humains nécessaires pour l'exécution du marché ;
- que rien ne peut justifier que ses offres soient écartées de la présente procédure dans la mesure où le motif évoqué est non seulement flou et non documenté mais aussi très subjectif ;
- qu'elle tient à préciser qu'elle a eu même entre temps à proposer à la NSCT de lui livrer des engrais en lieu et place de certains titulaires qui s'étaient révélés défaillants dans l'exécution de leurs marchés ;



- qu'il est donc incompréhensible que ses offres soient écartées dans le cadre de la présente procédure alors qu'elle a proposé le meilleur prix pour les lots n° 2 et n° 3 et dispose plus de 10 000 tonnes d'engrais dans ses magasins ;

De son côté, la société ELCO INFRA Sarl U soutient à l'appui de son recours :

- que s'il est vrai que dans la lettre de soumission de l'Ets ESSOWASIM, il a été fait mention d'ELCO INFRA Sarl U comme étant les soussignés, cette seule mention n'est pas de nature à entacher la conformité de ses offres au point d'entraîner leur rejet ;
- que les identités des représentantes des deux sociétés prouvent à suffisance qu'elles sont des sœurs et qu'à ce titre, des parents qui mènent des activités de même nature, n'ont aucun intérêt à ne pas s'entendre lorsqu'il s'agit de postuler à un marché public ;
- que même s'il est évident que les deux sociétés se sont concertées pour prendre part à l'appel d'offres, il convient néanmoins de rappeler que cette pratique n'est proscrite par aucun des textes qui régissent la passation des marchés publics ;
- qu'elle tient à préciser que la concertation qui se définit comme « une entente pour agir ensemble » est bien différente de la collusion, définie au point 3 a) des instructions aux candidats du dossier d'appel d'offres, comme « une entente secrète entre deux ou plusieurs parties au préjudice de quelqu'un » ;
- qu'en l'espèce, l'entente constatée entre les deux sociétés en question n'est pas destinée à établir les prix des offres à des niveaux artificiels et non concurrentiels de sorte à priver l'autorité contractante des avantages d'une concurrence libre et ouverte ;
- qu'ainsi, c'est à tort que la sous-commission d'analyse l'a disqualifiée de l'attribution du marché ;

LES MOYENS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

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

➤ Pour le soumissionnaire CIAT Sarl

- que suivant la clause IC 5.1 des données particulières de l'appel d'offres, tout soumissionnaire ayant été déjà titulaire d'au moins un marché similaire avec la NSCT au cours des trois (03) dernières campagnes cotonnières (2013-2014, 2014-2015 et 2015-2016) et dont l'exécution s'est faite avec un retard de livraison devra s'abstenir de soumissionner à l'appel d'offres sous peine de rejet de son offre ;



- que conformément à cette clause du DAOI, le soumissionnaire CIAT Sarl a vu ses offres rejetées pour avoir exécuté avec retard le marché n°00458/2014/CR/NSCT/F/FP relatif à la fourniture des engrais NPKSB, ce qui avait contraint la NSCT à s'approvisionner auprès de la CAGIA afin de satisfaire les besoins des producteurs de coton ;
- que pour rappel, cette disposition du DAOI avait été contestée par le même soumissionnaire auprès du CRD qui l'avait débouté par décision n° 086-2016/ARMP/CRD du 11 novembre 2016 ;

➤ **Pour le soumissionnaire ELCO INFRA Sarl U**

- que le soumissionnaire ELCO INFRA Sarl U n'a pas fourni de pouvoir habilitant le signataire de l'offre, ni comme document à part entière, ni dans la lettre de soumission, tel que prescrit par le DAOI ;
- que dans la lettre de soumission de l'ETS ESSOWASIM, la société ELCO INFRA Sarl U y est mentionnée en qualité de soussignée, alors que ledit soumissionnaire est également candidat, à titre individuel, à la même procédure d'appel à la concurrence ;
- qu'il est, en outre, constaté que pour tous les lots soumissionnés, les deux sociétés proposent dans leurs bordereaux des prix, les mêmes prix unitaires et globaux ;
- que de plus, il est relevé sur lesdits bordereaux, une boîte postale identique pour les deux sociétés, à savoir 01 BP 4142 Lomé ;
- qu'enfin, il est relevé dans l'offre du soumissionnaire ETS ESSOWASSIM, précisément, dans le calendrier de livraison des fournitures du lot n°1 et le bordereau des prix du transport terrestre des engrais du port de Lomé vers les magasins centraux des régions cotonnières du lot n° 2, la mention des nom et prénoms de «Madame BEGUEDOU Essobileou », Directrice générale de la société ELCO INFRA Sarl U, au bas desquels est pourtant apposée la signature de « Madame BEGEUEDOU Essohanam », Responsable de l'ETS ESSOWASSIM ;
- que sur la base des faisceaux d'indices ci-dessus énumérés, la sous-commission d'évaluation a conclu que les deux sociétés sont soit assimilables à une même entité qui a proposé deux offres pour les mêmes lots ou du moins deux entités qui ont usé d'une concertation dans la préparation de leurs offres et a donc décidé de les disqualifier conformément aux dispositions des points 3 et 4 des Instructions aux candidats du DAOI ;

- qu'au regard de ce qui précède, l'autorité contractante demande au Comité de règlement des différends de bien vouloir déclarer non fondés les recours des deux soumissionnaires.

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur la régularité des motifs de rejet des offres des soumissionnaires Compagnie des intrants agricoles du Togo (CIAT) Sarl et ELCO INFRA Sarl U.

EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

➤ Sur le recours de la Compagnie des Intrants agricoles du Togo

Considérant que suivant le point 5 de l'avis d'appel d'offres, tout candidat qui a déjà été titulaire d'au moins un marché similaire de fourniture d'engrais coton pour la fumure des cotonniers (NPKSB ou Urée 46%) avec la NSCT au cours des trois (3) dernières campagnes cotonnières (2013-2014, 2014-2015 et 2015-2016) et dont l'exécution s'est faite avec un retard de livraison devra s'abstenir de soumissionner au présent appel d'offres, sous peine de rejet automatique de l'offre ;

Qu'à l'issue de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a retenu que le soumissionnaire CIAT Sarl a eu à exécuter avec retard un marché obtenu auprès de la NSCT et a conclu qu'il ne satisfait pas à l'exigence susposée et l'a donc disqualifié de l'attribution du marché ;

Considérant que la requérante conteste ce motif de rejet de son offre en arguant que non seulement elle dispose des capacités nécessaires pour exécuter le marché projeté, mais aussi qu'elle a présenté un prix compétitif pour les lots n° 2 et n° 3 de l'appel d'offres et dispose d'un stock de plus de 10 000 tonnes d'engrais dans son magasin ;

Considérant que la clause relative à la disqualification de tout candidat pour retard enregistré dans l'exécution d'un marché durant les trois dernières années est, avant le lancement de la procédure, insérée dans le dossier d'appel d'offres validé par la direction nationale du contrôle des marchés publics ;

Considérant que suite à la publication de l'avis d'appel d'offres, cette clause a été contestée par devant le Comité de règlement des différends qui l'a déclarée pertinente et justifiée pour y être maintenue dans ledit dossier d'appel d'offres ;

Que cette clause vise à permettre à l'autorité contractante de se prémunir contre les difficultés rencontrées dans l'exécution des marchés antérieurs et de s'assurer que les candidats disposent de la capacité à lui livrer les engrais dans les délais requis ;

Que faisant partie intégrante des critères de qualification, notamment des capacités techniques, cette condition doit absolument être satisfaite par tout candidat qui prétend se voir attribuer un marché ;

Considérant que l'instruction a révélé que, suivant la note de débit n° 0023/DIV/2014/NSCT/DG du 15 décembre 2014, la personne responsable des marchés publics de la NSCT a notifié à la société CIAT Sarl, un retard de vingt-huit (28) jours sanctionné par des pénalités d'un montant de 56 218 484 francs CFA dans le cadre du marché n° 00458/2014/CR/NSCT/F/FP relatif à la fourniture d'engrais NPKSB pour la campagne 2014- 2015 ;

Que dès lors qu'il est incontestablement établi que durant les trois dernières années, notamment 2014, le soumissionnaire CIAT Sarl a failli à ses obligations contractuelles relatives au délai d'exécution du marché de fourniture d'engrais au profit de la NSCT, la sous-commission d'analyse a fait une bonne appréciation des clauses du dossier d'appel d'offres international et qu'il convient, par conséquent, de déclarer le recours de la société CIAT Sarl non fondé ;

➤ **Sur le recours de la société ELCO INFRA Sarl U**

Considérant que l'objet de l'appel d'offres susmentionné est relatif à la fourniture d'engrais pour la campagne agricole 2017-2018 et est subdivisé en cinq (05) lots ;

Considérant qu'à l'ouverture des offres, vingt-trois (23) soumissionnaires y ont pris part dont les soumissionnaires Etablissement ESSOWASIM et ELCO INFRA Sarl U ;

Considérant qu'au cours de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a constaté que non seulement les deux soumissionnaires ont présenté les mêmes prix unitaires et globaux pour tous les cinq lots de l'appel d'offres mais aussi que la lettre de soumission de l'Etablissement ESSOWASIM est formulée au nom de la société ELCO INFRA Sarl U ;

Que tirant conséquence de cette situation, elle a disqualifié les deux soumissionnaires de l'attribution du marché pour motif de concertation dans la préparation de leurs offres ;

Considérant que la société ELCO INFRA Sarl U conteste ce motif en soutenant qu'aucune disposition des textes en vigueur sur les marchés publics n'interdit aux candidats de se concerter dans la préparation de leurs offres, surtout que les sociétés ESSOWASIM et ELCO INFRA Sarl U sont gérées par des sœurs qui ont intérêt à s'entendre lorsqu'il s'agit de postuler à un marché public ;



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, la passation des marchés publics repose sur des principes fondamentaux dont celui de la concurrence ;

Qu'en application, ce principe se matérialise d'une part, par l'obligation faite aux autorités contractantes de mettre en compétition plusieurs fournisseurs ou prestataires dans le cadre de leurs acquisitions et d'autre part, par l'interdiction faite aux soumissionnaires de s'entendre ou de se concerter en vue de priver les autorités contractantes du bénéfice inhérent à ce principe ;

Considérant qu'en l'espèce, le requérant affirme qu'étant donné que les dirigeants des entités ESSOWASIM et ELCO INFRA Sarl U ont des liens de parenté entre elles, notamment qu'elles sont des sœurs, il leur est loisible de s'entendre pour postuler à un marché public ;

Considérant qu'en se concertant pour proposer des offres financières identiques pour les cinq lots avec des montants empêchant l'autorité contractante de les classer alors que le marché est attribué à l'offre évaluée la moins disante, il ne fait aucun doute que les soumissionnaires ESSOWASIM et ELCO INFRA Sarl U ont violé le principe de la libre concurrence et privé, par voie de conséquence, la NSCT de déterminer l'offre avantageuse pour elle ;

Que cet agissement ne constitue pas moins, contrairement aux affirmations de la requérante, une collusion définie comme une entente secrète ou ostensible des soumissionnaires pour maintenir le prix à un niveau artificiel, privant ainsi l'autorité contractante des avantages de la mise en concurrence;

Que l'aveu du lien de parenté existant entre ces deux soumissionnaires et de leur concertation pour fixer les prix des offres révèle leur ignorance de cette pratique pourtant répréhensible par la réglementation des marchés publics ; que dans ces conditions, il convient de dire que la sous-commission d'analyse a fait une très bonne application des règles de passation des marchés publics en rejetant leurs offres ; qu'ainsi, le recours de la société ELCO INFRA Sarl U est inopérant ;

Qu'au regard de tout ce qui précède, il convient de déclarer les recours des soumissionnaires CIAT Sarl et ELCO INFRA Sarl U non fondés ;

DECIDE :

- 1) Déclare les recours de la Compagnie des Intrants Agricoles du Togo (CIAT) Sarl et de la société ELCO INFRA Sarl U recevables ;
- 2) Ordonne la jonction desdits recours ;

- 3) Dit que lesdits recours ne sont pas fondés et déboute les requérants de tous leurs moyens et prétentions ;
- 4) Ordonne en conséquence la poursuite de la procédure de passation dont s'agit ;
- 5) Dit que la présente décision est immédiatement exécutoire nonobstant toutes voies de recours ;
- 6) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la Compagnie des Intrants Agricoles du Togo (CIAT) Sarl , à la société ELCO INFRA Sarl U, à la Nouvelle société cotonnière du Togo (NSCT), ainsi qu'à la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP), la présente décision qui sera publiée.

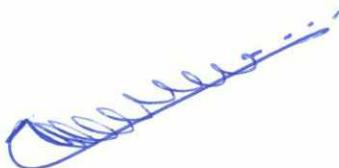
LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS (CRD)

LE PRESIDENT



Madame Ayélé DATTI

LES MEMBRES



Konaté APITA



Abeyeta DJENDA



Kuami Gaméli LODONOU