

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail-Liberté-Patrie



Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

**DECISION N° 012-2017/ARMP/CRD DU 17 MARS 2017
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE DE
COMMERCIALISATION DE PRODUCTION AGRICOLE ET MARCHANDE
(CIPAM) S.A 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 ;

Three handwritten signatures in blue ink are located at the bottom right of the page. The signatures are stylized and appear to be initials or names of officials.

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 006/2017/AB/AAD datée du 07 mars 2017 de la société CIPAM S.A et enregistrée le 08 mars 2017 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 0616 ;

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

En présence de Madame Ayélé DATTI, Président, de Messieurs 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 du recours ;

Par requête datée du 07 mars 2017 et enregistrée le 08 mars 2017 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 0616, la société de Commercialisation de production agricole et marchande (CIPAM) S.A , ayant son siège social à Bobo-Dioulasso, 01 BP 272, Bobo-Dioulasso 01, Tél : (226) 20 98 40 61, Fax (226) 20 98 40 62, représentée par son Directeur d'exploitation, dûment habilité, Monsieur Armand BASSOLET, 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.

SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS

Considérant qu'il résulte de la combinaison des articles 122 et 125 du décret n° 2009-277/PR du 11 novembre 2009 portant code des marchés publics et délégations de service public que « tout candidat ou soumissionnaire s'estimant injustement évincé des procédures de passation des marchés publics et délégations de service public peut introduire un recours effectif préalable à l'encontre des procédures et décisions rendues à l'occasion de la procédure de passation leur causant préjudice, devant la personne responsable des marchés publics » ;



2

Que « les décisions rendues au titre de l'article précédent peuvent faire l'objet de recours devant l'autorité de régulation des marchés publics dans un délai maximum de cinq (05) jours ouvrables à compter de la date de la notification de la décision faisant grief » ;

Considérant qu'il résulte des faits évoqués ci-après, que par lettre n° 0051/2017/NSCT/DG/PRMP du 16 février 2017 reçue, le même jour, par la société CIPAM SA, la personne responsable des marchés publics de la NSCT l'a informée des résultats de l'appel d'offres susmentionné et corrélativement du rejet de son offre ;

Considérant que par lettre datée du 22 février 2017 adressée à la personne responsable des marchés publics et reçue le 24 février 2017, la société CIPAM SA a exercé un recours gracieux auprès de l'autorité contractante en contestation des résultats de l'appel d'offres susvisé ;

Considérant que l'autorité contractante soutient avoir répondu à la requérante par courriel daté du 27 février 2017 ;

Considérant que la requérante objecte n'avoir reçu aucune réponse de la NSCT suite à son recours gracieux ;

Considérant s'il est vrai que le courriel susmentionné indique qu'à la date du 27 février 2017, l'autorité contractante a rédigé et envoyé une réponse à la société CIPAM SA, il n'en demeure pas moins que la preuve n'est pas faite que cette dernière a effectivement reçu notification de ladite réponse ; que dans ces conditions la NSCT est présumée n'avoir pas répondu au recours gracieux ;

Que n'ayant pas reçu de réponse, la société CIPAM SA a, par lettre référencée 006/2017/AB/AAD datée du 07 mars 2017, enregistrée le 08 mars 2017, saisi le Comité de règlement des différends pour contester les résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné ;

Considérant que pour saisir le Comité de règlement des différends, la requérante dispose d'un délai maximum de cinq (05) jours ouvrables à compter du lendemain de la date de notification de la décision faisant grief ou en l'absence de réponse, de l'expiration du délai dans lequel l'autorité contractante aurait dû répondre ; qu'en l'absence de réponse de l'autorité contractante, ce délai commence à courir à compter du 06 mars 2017 à 00 heure pour expirer le 10 mars 2017 à 00 heure ;

Considérant que le recours de la société CIPAM SA daté du 07 mars 2017 est enregistré le 08 mars 2017 au secrétariat du CRD ; qu'en introduisant son recours avant l'expiration du délai prévu à l'article 125 du décret susvisé, ladite société a agi dans le délai prescrit ;

 

Qu'en conséquence, il y a lieu de déclarer le recours de la société CIPAM SA recevable.

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 celle de la requérante.

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 desdits lots les soumissionnaires ci-après :

- DOUCOURE PARTENAIRE AGRO INDUSTRIES (DPA) SA, pour un montant de deux milliards six cent neuf millions quatre cent quatre-vingt-dix-sept mille (2 609 497 000) francs CFA toutes taxes comprises (lot n° 1) ;
- 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, le soumissionnaire CIPAM SA a été disqualifié pour avoir soumis plusieurs offres ; Monsieur Armand EZERZER qui en est le Président directeur général (PDG) est également gérant de la société CIAT Sarl U.

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 la société CIPAM SA des résultats provisoires des lots n° 1, 2 et 3 de l'appel d'offres susmentionné et corrélativement du rejet de son offre.

  4

Non satisfaite la société CIPAM SA a saisi le Comité de règlement des différends pour contester les résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

La société CIPAM SA conteste les résultats provisoires et soutient à l'appui de son recours :

- que la sous-commission d'analyse l'a disqualifiée pour non-respect de la clause 4.3 (c) des Instructions aux candidats qui prohibe la présentation de plus d'une offre pour le même lot, alors qu'elle n'a présenté qu'une seule offre pour chacun des lots de l'appel d'offres ;
- qu'au vu des résultats provisoires notifiés, elle est d'ailleurs, moins disante pour les lots n° 2 et n° 3 ;
- qu'il est évident que ces résultats reposent sur des motifs injustifiés à son égard, car ils ne sont conformes ni aux principes généraux de passation des marchés spécifiés à l'article 2 de la loi relative aux marchés publics, ni à l'article 57 du Code des marchés publics qui commande que l'évaluation des offres se fasse objectivement sur la base des critères économiques, financiers et techniques, mentionnés dans le dossier d'appel d'offres, afin de déterminer l'offre conforme évaluée la moins disante ;
- que par conséquent, c'est à tort que la sous-commission d'analyse l'a disqualifiée de l'attribution du marché.

LES MOTIFS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

L'autorité contractante n'a pas produit de mémoire en réponse au recours. Cependant, il ressort du rapport d'évaluation des offres que la société CIPAM SA a été disqualifiée de l'attribution du marché pour avoir le même dirigeant statutaire que la société CIAT Sarl U, qui a proposé plusieurs offres.

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur le sort des offres présentées par deux soumissionnaires ayant le même dirigeant social dans le cadre d'un appel d'offres.

EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

Considérant que la société CIPAM SA conteste le motif de rejet de son offre en soutenant qu'elle n'a présenté qu'une seule offre pour chacun des trois lots ;

 

Considérant qu'à l'issue de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a constaté que le Président-Directeur Général de la société CIPAM SA est également le gérant de la société CIAT Sarl U, pris en la personne de Monsieur Armand EZERZER ; que ce dernier a donné procuration aux sieurs BASSOLET Armand et DESANTI Kokou Jean-Gérard aux fins de signer en son nom les offres pour le compte respectivement des sociétés CIPAM SA et CIAT Sarl U ;

Que tirant conséquence de ce constat, la sous-commission d'analyse a jugé l'offre de la société CIPAM SA non recevable et l'a donc disqualifiée de l'attribution du marché pour violation de la clause IC 4.3 c) du dossier d'appel d'offres après avoir écarté l'offre de la société CIAT Sarl U pour mauvaise exécution de marchés antérieurs avec la NSCT durant les trois dernières années ;

Considérant que suivant la clause IC 4.3 c) précitée, un candidat qui présente plusieurs offres ou participe à plusieurs offres (à l'exception des variantes présentées en vertu de la clause 13 des IC) provoquera la disqualification de toutes les offres auxquelles il aura participé ;

Considérant qu'il ressort de l'examen de l'extrait du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM) joint à son offre que la société CIPAM SA est une société anonyme dont le Président Directeur Général est Monsieur EZERZER Armand ;

Que s'agissant de la société CIAT Sarl U, elle est une société à responsabilité limitée unipersonnelle (Sarl U) dirigée par le sieur EZERZER Armand ;

Qu'il en résulte que les sociétés CIPAM SA et CIAT Sarl U ont pour dirigeant social voire statutaire la même personne, en l'occurrence le sieur EZERZER Armand ; qu'au nom de la liberté de commerce et d'industrie, rien ne s'oppose à ce que ce dernier puisse être le dirigeant de ces entités ;

Considérant que par définition, le dirigeant social est le représentant légal de la société qui dispose des pouvoirs les plus étendus pour l'engager à l'égard des tiers ; que s'agissant d'une société, les pouvoirs du dirigeant se matérialisent par, notamment l'habilitation à représenter celle-ci, à signer tous les actes ou conventions et à ester en justice en son nom ;

Considérant que par procuration datée du 02 novembre 2016, par le Président directeur général EZERZER Armand a chargé le sieur Armand BASSOLET de le représenter, pour la soumission des offres dont la date limite est fixée au 15 novembre 2016 ;

 

Considérant qu'autant un dirigeant social ou statutaire a le droit de se faire représenter par procuration dans les limites des pouvoirs qui lui sont dévolus ; qu'autant le sieur EZERZER Armand s'est octroyé cette faculté en mandatant le nommé Armand BASSOLET pour agir en son nom ;

Considérant cependant que s'il est exact que les sociétés CIPAM SA et CIAT Sarl U ont chacune sa personnalité juridique différente de celle de l'autre, il n'en demeure pas moins qu'elles se trouvent fictivement fusionnées à travers la personne de leur dirigeant social, en l'occurrence Monsieur EZERZER Armand, unique mandant au nom duquel les signataires des lettres de soumission ont engagé lesdites sociétés ; que dès lors, il est établi que le dirigeant a fait plusieurs offres en violation de la clause sus-indiquée ;

Qu'en l'espèce, il ne fait aucun doute que c'est en raison de cette clause que le sieur EZERZER Armand n'a pas signé lui-même les offres des deux sociétés qu'il dirige ;

Que les procurations dont s'agit n'ont pour seul objectif que de contourner malicieusement l'interdiction suivant laquelle tout soumissionnaire qui soumettra plus d'une offre sera disqualifié ;

Considérant que ce comportement contrevient aux principes fondamentaux qui gouvernent la matière des marchés publics, notamment celui de la concurrence qui interdit aux soumissionnaires toute pratique de nature à priver l'autorité contractante des bénéfices inhérents à la mise en œuvre de ce principe ;

Que pour preuve, l'examen des offres financières des sociétés CIPAM SA et CIAT SARL U fait ressortir qu'elles ont présenté pour les trois (03) lots dont les résultats sont contestés les mêmes prix, notamment **2 612 914 500 F CFA** pour le lot n° 1 ; **2 335 290 000 F CFA** pour le lot n° 2 et **1 766 136 000 F CFA** pour le lot n° 3 ; que cette manœuvre n'est pas moins une entente qui a pour effet d'empêcher l'abaissement des prix au préjudice de l'autorité contractante ;

Que tenant compte de ce qui précède, il est indubitablement établi que les offres des sociétés CIPAM SA et CIAT Sarl U n'émanent pas moins d'un seul soumissionnaire même si elles semblent être présentées sous le couvert de deux entités juridiquement distinctes ; qu'ainsi, ce seul soumissionnaire représentant ces deux entités a fait plusieurs offres en violation de la clause IC 4.3 c) du dossier d'appel d'offres ;

 7

Que surabondamment, la sous-commission d'analyse aurait dû relever également ce motif pour justifier la disqualification du soumissionnaire CIAT Sarl U ;

Qu'ainsi, il convient de dire que c'est à juste titre que la sous-commission d'analyse a disqualifié l'offre de la société CIPAM SA de l'attribution du marché.

DECIDE :

- 1) Déclare recevable le recours de la société de Commercialisation de Production Agricole et Marchande (CIPAM SA) ;
- 2) En revanche, dit que ledit recours n'est pas fondé ;
- 3) Déboute la requérante de tous ses moyens et prétentions ;
- 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 à la société de Commercialisation de Production Agricole et Marchande (CIPAM) SA, à la Nouvelle Société Cotonnière du Togo, 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



Abeyeta DJENDA



Kuami Gaméli LODONOU