

REPUBLIQUE TOGOLAISE
Travail – Liberté - Patrie



TRANSPARENCE - EQUITE - DEVELOPPEMENT

**AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS
COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS**

**DECISION N° 019 - 2012/ARMP/CRD DU 23 MAI 2012
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DE L'ENTREPRISE T.E.T CONTRE
LES CRITERES DE QUALIFICATION DE L'APPEL D'OFFRES INTERNATIONAL
N°006/TGC/DG/PRMP DU 02 MAI 2012 RELATIF A LA FOURNITURE ET A
L'INSTALLATION D'ATELIERS HYBRIDES SOLAIRE/GROUPE**

**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° 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 de l'entreprise Technologies d'Electricité et des Télécommunications (T.E.T) daté du 15 mai 2012 et enregistré le même jour au Secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 483 ;

Le Directeur Général de l'Autorité de régulation des marchés publics entendu en son rapport présentant les moyens et les conclusions des parties ;

En présence de Madame Ayélé DATTI, Président, de Messieurs Abeyeta DJENDA et Kuami Gaméli LODONOU, membres du Comité de règlement des différends ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Adopte la présente délibération fondée sur les faits et moyens exposés ci-après :

Par lettre en date du 15 mai 2012 susvisée, enregistrée au secrétariat du CRD sous le numéro 483, monsieur B. KAKASSINA, agissant au nom de l'entreprise T.E.T, a saisi le Comité de règlement des différends de l'ARMP pour faire des observations relatives à la qualification des soumissionnaires exigée par le cahier de charges de l'appel d'offres n° 006/TGC/DG/PRMP du 02 mai 2012 lancé par la société TOGO CELLULAIRE.

LES FAITS

Dans le cadre de l'amélioration de ses services, la société TOGO CELLULAIRE a, par voie de presse, dans le quotidien « TOGO PRESSE », lancé le 3 mai 2012 sur fonds propres, l'appel d'offres international n°006/TGC/DG/PRMP du 02 mai 2012 pour la fourniture et l'installation d'ateliers hybrides solaire/groupe projets (2012-2014). Les données particulières de l'appel d'offres exigent que tout soumissionnaire doit, pour être qualifié, justifier au Togo d'une livraison d'au moins cinq (05) ateliers solaires de puissance équivalente déjà installés et opérationnels et d'une expérience d'au moins dix (10) ateliers dans la sous-région ouest-africaine.

Estimant que l'exigence desdites qualifications constitue un critère discriminatoire, l'entreprise T.E.T a saisi le CRD aux fins de voir purger les dispositions incriminées.



Handwritten signatures and a small box containing the number 2.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DE SON RECOURS PAR LE REQUERANT

A l'appui de son recours, l'entreprise T.E.T soutient :

- que dans le cahier des charges dudit appel d'offres, la section III des données particulières mentionne que « tout soumissionnaire doit justifier :
Au Togo, d'une livraison d'au moins cinq (05) ateliers solaires de puissance solaire équivalente déjà installés et opérationnels que l'on peut vérifier sur les deux dernières années » ;
- que cette disposition est discriminatoire et vise purement et simplement à éliminer tout candidat potentiel et ne donner la chance qu'aux seules entreprises ayant toujours eu des marchés dans le domaine de l'énergie solaire au Togo ;
- que dans ses écritures complémentaires, l'entreprise T.E.T argue qu'elle est une entreprise togolaise en partenariat avec la société 2SGI « 2Gareni Industrie » avec laquelle elle a souvent participé aux appels d'offres ;

LES MOTIFS DONNES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

Par lettre en date du 23 mai 2012, la société TOGO CELLULAIRE fait observer que l'entreprise T.E.T n'a jamais acheté le dossier de l'appel d'offres n°006/TGC/DG/PRMP et que par conséquent, la question se pose de savoir si une telle entreprise a intérêt à agir ;

Elle a ajouté que, dans le dossier d'appel d'offres initial, elle avait exigé que les soumissionnaires justifient d'au moins dix (10) ateliers solaires au TOGO et cinquante (50) dans la sous-région avant qu'elle ne révisé à la baisse ces quantités suite aux observations de la direction nationale du contrôle des marchés publics ;

OBJET DU LITIGE

Le litige porte, d'une part, sur la recevabilité du recours et d'autre part, sur la régularité des critères de qualification prévus dans le cahier des charges.

SUR LA RECEVABILITE

Considérant que l'article 122 du code des marchés publics dispose que « tout candidat ou soumissionnaire s'estimant injustement évincé des procédures de passation des marchés publics, peut introduire un recours effectif préalable à l'encontre des procédures et décisions rendues à l'occasion de procédures de

passation leur causant préjudice devant la personne responsable des marchés publics ;

Considérant que l'article 125 du même code édicte que le requérant peut également, en l'absence de décisions rendues par la personne responsable des marchés publics, saisir l'Autorité de régulation des marchés publics ;

Considérant que le recours susvisé est réservé soit à un candidat soit à un soumissionnaire ;

Que l'entreprise T.E.T n'ayant pas encore déposé son offre, elle ne saurait être considérée comme soumissionnaire et bénéficiaire des droits liés à cette qualité ;

Considérant, en outre, que le code des marchés publics définit le candidat comme toute personne physique ou morale qui manifeste un intérêt à participer ou qui est retenue par l'autorité contractante pour participer à une procédure de passation de marché public ;

Que la procédure d'appel d'offres dont s'agit étant ouverte au public, toute personne est habilitée à s'y intéresser ; que dès lors, il serait exagéré d'assimiler la manifestation d'intérêt à l'acquisition, à titre onéreux, du dossier d'appel d'offres auprès de l'autorité contractante ; que le code des marchés publics n'ayant pas subordonné la qualité de candidat à l'achat préalable du dossier d'appel d'offres, toute personne potentiellement qualifiée peut s'en prévaloir et avoir un intérêt pour contester les critères de qualification contenus dans ledit dossier ;

Considérant, par ailleurs, qu'aux termes de l'article 124 du code des marchés publics, le recours doit être exercé au plus tard dix (10) jours ouvrables précédant la date prévue pour le dépôt de la soumission ;

Considérant que l'avis d'appel d'offres a prescrit la date limite du dépôt des offres au 06 juin 2012 ; que conformément à l'article 124 susvisé du même code, la date limite pour exercer le recours est le 22 mai 2012 ;

Qu'à la date du 15 mai 2012, l'entreprise T.E.T a introduit son recours auprès du comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics ;

Qu'il est établi que le recours de l'entreprise T.E.T est exercé dans le délai réglementaire ; qu'il y a lieu de le déclarer recevable ;

AU FOND

Considérant que toute autorité contractante est libre, en raison de la nature, de l'envergure et de la complexité du marché à exécuter, de déterminer ses besoins et



de définir les spécifications techniques auxquelles les candidats qualifiés sont tenus de satisfaire pour se voir attribuer le marché ; que la qualification d'un candidat ou d'un soumissionnaire s'entend des garanties et capacités techniques et financières ainsi que des références professionnelles établies à l'appui de sa candidature pour justifier ses aptitudes à exécuter le marché sans pour autant que ces exigences aient pour effet de restreindre la liberté d'accès à la commande publique et l'égalité de traitement des candidats ou soumissionnaires ; que l'appréciation des critères de qualification susmentionnés est soumise au contrôle de la direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) ;

Considérant que la DNCMP est l'organe national de contrôle a priori de toutes les procédures de passation initiées conformément aux dispositions du code des marchés publics précité ; que cet organe a l'obligation en toute impartialité de veiller au respect des principes de libre concurrence, d'égalité d'accès et de traitement des candidats ou soumissionnaires ; que c'est pour faire respecter ces principes que la DNCMP a, suivant son avis de non objection n° 0700/MEF/DNCMP en date du 24 avril 2012, demandé à la société TOGO CELLULAIRE de revoir à la baisse l'exigence du nombre de marchés similaires réalisés ;

Considérant qu'en l'espèce, la société TOGO CELLULAIRE a initialement exigé dans le dossier d'appel d'offres la justification, au Togo, d'au moins dix (10) ateliers solaires de puissance équivalente déjà installés et opérationnels et d'une expérience d'au moins cinquante (50) ateliers dans la sous-région ouest africaine ; que jugeant cette exigence excessive par rapport à cet équipement qui s'implante progressivement au Togo, la DNCMP a réduit le nombre des ateliers réalisés au titre d'expériences similaires à cinq (5) au Togo et dix (10) dans la sous-région ; que cette exigence de la DNCMP est compatible avec ses prérogatives légales d'appréciation et la nature de la procédure en cause ; que s'agissant d'un appel d'offres international, les critères de qualification des candidats doivent s'apprécier non seulement par rapport à l'envergure du marché et à la complexité de son exécution mais également au contexte international de la compétition ;

Considérant que le principe de libre accès à la commande publique interdit toute restriction à une zone géographique des réalisations similaires, notamment la sous-région ouest africaine et au Togo ; que s'agissant d'un appel d'offres international, le dossier d'appel à concurrence ne peut limiter la réalisation des marchés similaires à une zone géographique déterminée ;

Qu'au demeurant, l'autorité contractante peut demander, si les conditions techniques l'exigent, que les soumissionnaires prouvent, avec des attestations de service fait à l'appui, que ces équipements ont bien fonctionné dans un environnement similaire à celui de leur destination; qu'en n'ayant pas procédé ainsi, l'autorité contractante a contrevenu au principe susmentionné ; qu'il y a lieu de dire que la demande l'entreprise T.E.T est fondée ;

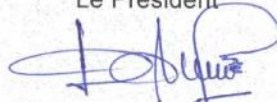
The block contains several handwritten signatures in blue ink. To the right of the signatures is a small rectangular box with the number '5' inside it.

DECIDE :

- 1- Déclare recevable le recours de l'entreprise T.E.T ;
- 2- Dit que l'exigence de réalisation des marchés similaires dans la sous-région ouest africaine et au Togo restreint l'accès à la commande publique ;
- 3- Ordonne que le dossier d'appel d'offres soit purgé de la disposition relative à l'exigence de réalisation de marchés similaires au Togo et dans la sous-région ouest africaine ;
- 4- Demande que la date de remise des offres initialement prévue soit prorogée à cet effet ;
- 5- Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à l'entreprise T.E.T et à la société TOGO CELLULAIRE 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 Président



Madame Ayélé DATTI

LES MEMBRES



Abeyeta DJENDA



Kuami Gaméli LODONOU

Le Directeur Général de l'ARMP
Rapporteur



Théophile Kossi René KAPOU