

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail-Liberté-Patrie



Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

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

DECISION N° 031-2017/ARMP/CRD DU 24 MAI 2017 DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DE L'ENTREPRISE BECO EN CONTESTATION DES RESULTATS PROVISOIRES DE LA PROCEDURE DE CONSULTATION RESTREINTE N° 001/2017/CKP- PRMP DU 28 FEVRIER 2017 RELATIVE AUX TRAVAUX D'OUVERTURE DES BERGES ET EMPRISES DU RUISSEAU AGBASSIANDI DE LA COMMUNE DE KPALIME

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 0100/04/31/Dir/SN/2017 datée du 19 avril 2017 de l'entreprise BECO et enregistrée le 20 avril 2017 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 1086 ;

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

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

Par lettre n° 1267/ARMP/DG/DRAJ du 24 avril 2017, 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 décision n° 021-2017/ARMP/CRD du 26 avril 2017, le Comité de règlement des différends de l'ARMP a reçu le recours de l'entreprise BECO et ordonné la suspension de la consultation restreinte sus-indiquée jusqu'au prononcé de la décision au fond.

Par bordereau d'envoi n° 014/2017/CKP-PRMP du 10 mai 2017, reçu le 12 mai 2017 au secrétariat du CRD et enregistré sous le numéro 1288, la Personne responsable des marchés publics de la commune de Kpalimé a fait parvenir à l'ARMP la documentation ainsi réclamée.

LES FAITS

Par consultation restreinte n° 001/2017/CKP-PRMP du 28 février 2017, la commune de Kpalimé a invité sept (07) entreprises à proposer des offres pour la réalisation des travaux des berges et emprises du ruisseau Agbassiandi.

A la date limite de dépôt des offres fixée au 15 mars 2017, la commission de passation des marchés publics de la commune de Kpalimé a reçu et ouvert les offres de trois (03) soumissionnaires, dont celles de l'entreprise BECO et de l'Agence nationale d'assainissement et de salubrité publique (ANASAP).



2

A l'issue de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a déclaré l'ANASAP attributaire provisoire du marché pour un montant hors taxes de quatre millions cinq cent mille (4 500 000) francs CFA.

Suite à la validation des résultats provisoires par la commission de contrôle des marchés publics, suivant le rapport de contrôle n° 002/2017/CKP-PRMP-CCMP du 23 mars 2017, la Personne responsable des marchés publics de la Commune de Kpalimé a, par lettre référencée 2017-CKP-PRMP du 27 mars 2017, informé l'entreprise BECO desdits résultats et corrélativement du rejet de son offre.

Non satisfaite, l'entreprise BECO a, par lettre n° 236/2017/04/DIR/SN/BECO datée du 11 avril 2017 adressée à l'autorité contractante, contesté les résultats provisoires de la consultation restreinte sus-indiquée.

Faisant suite au rejet de son recours, l'entreprise BECO a, par requête datée du 19 avril 2017, saisi le Comité de règlement.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

L'entreprise BECO conteste les résultats provisoires de la consultation restreinte et soutient à l'appui de son recours :

- que l'offre de l'ANASAP doit être considérée comme non conforme car elle comporte des prestations relatives au ramassage et déchargement des gravas hors site, alors que le dossier de consultation restreinte (DCR) ne prévoit que des travaux de démolition sans déchargement de gravas ;
- qu'au lieu de tirer de l'irrégularité sus-évoquée, les conséquences qui s'imposent en rejetant l'offre de l'ANASAP, l'autorité contractante prétend que ledit soumissionnaire a présenté une offre de base accompagnée d'une variante dont seul le montant aurait été lu à l'ouverture, alors que l'existence d'une telle variante n'a été ni revendiquée par l'ANASAP, ni expressément autorisée par le DCR ;
- que de plus, sans aucun fondement, l'autorité contractante a procédé à la diminution du montant de l'offre de l'ANASAP qui est passée de 12 500 000 francs CFA hors taxes à la séance d'ouverture, à 4 500 000 francs CFA hors taxes à l'issue de l'évaluation, la rendant ainsi moins disant pour l'attribution de la commande ;
- qu'en effet l'autorité contractante a indiqué dans le procès-verbal d'attribution provisoire que le montant ainsi réduit de l'offre de l'ANASAP est un « montant corrigé », sans pouvoir démontrer une quelconque erreur de calcul relevée dans son cadre de devis qui justifierait une telle correction ;



- que par conséquent, c'est à tort que la sous-commission d'analyse l'a disqualifiée de l'attribution de la commande ;
- qu'au regard de ce qui précède, elle demande au Comité de bien vouloir la rétablir dans ses droits.

LES MOYENS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

L'autorité contractante soutient dans son mémoire en réponse :

- que contrairement aux affirmations de la requérante, l'ANASAP a proposé une offre de base et une variante qui sont bien distinctes ;
- qu'en effet, lors de la séance d'ouverture, seul le montant de la variante clairement précisé dans la lettre de soumission, qui est de 12 500 000 francs CFA hors taxes, a été lu et consigné dans le procès-verbal d'ouverture ;
- que toutefois, au cours de l'évaluation, la sous-commission d'analyse a pu constater l'existence de deux cadres de devis dont l'un correspond à l'offre de base qui se limite aux travaux de démolition sans dégagements de gravas, tel que l'exige le dossier de consultation restreinte, facturé à 4 500 000 francs CFA hors taxes, et l'autre afférent à la variante, qui propose en plus, des prestations de ramassage et de dégagement des gravas hors site, de 12 500 000 francs CFA hors taxes ;
- qu'enfin, elle tient à rappeler que dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats en vertu duquel tous les soumissionnaires doivent être évalués sur la base du cahier des charges contenu dans le dossier de consultation restreinte, la sous-commission d'évaluation n'a considéré que l'offre de base proposée par l'ANASAP ;
- qu'au regard de ce qui précède, elle demande au Comité de bien vouloir déclarer non fondé le recours de l'entreprise BECO et d'ordonner la mainlevée de la mesure de suspension prononcée par décision n° 021-2017/ARMP/CRD du 26 avril 2017.

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur l'éligibilité de l'ANASAP et la régularité de l'attribution du marché à ce soumissionnaire.



EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

➤ Sur l'éligibilité de l'ANASAP

Considérant que suivant les dispositions de l'article 24 de la loi n°2009-013 du 30 juin 2009 relative aux marchés publics et délégations de service public : « sur le fondement des informations recueillies dans l'exercice de ses missions ou de toute information communiquée par des autorités contractantes, des candidats, soumissionnaires ou des tiers, l'Autorité de régulation des marchés publics peut se saisir d'office, à la demande de son président ou du tiers de ses membres, et statuer sur les irrégularités, fautes et infractions constatées » ;

Considérant que parmi les candidats consultés par la Commune de Kpalimé figure l'Agence nationale de salubrité publique (ANASAP) qui est retenue attributaire provisoire du marché à l'issue de l'évaluation des offres ;

Qu'en raison du statut juridique de l'ANASAP, le président du Conseil de régulation a saisi le Comité de règlement des différends pour se prononcer sur son éligibilité aux procédures de passation des marchés publics ;

Considérant que suivant l'article 2 du décret n° 2013-082/PR du 12 décembre 2013 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'ANASAP, celle-ci est un établissement public doté de la personnalité morale et de l'autonomie financière, placé sous la tutelle technique du ministère chargé de l'urbanisme et de l'habitat et la tutelle financière du ministère de l'économie et des finances ;

Que l'article 28 du même décret ajoute que l'ANASAP dispose de plusieurs sources de financement dont les subventions et dotations de l'Etat, les produits de redevances et de conventions de service public aux entreprises du secteur, etc. ;

Considérant que suivant l'alinéa 2 de l'article 3 du décret n° 2009-277/PR du 30 décembre 2009 portant code des marchés publics, les autorités contractantes s'assureront que la participation d'un soumissionnaire qui est un organisme de droit public à une procédure de passation de marché public ne cause pas de distorsion de concurrence vis-à-vis des soumissionnaires privés ;



5

Qu'en l'espèce, l'ANASAP est un organisme de droit public qui bénéficie des subventions et dotations de l'Etat qui se traduisent par la mise à sa disposition des agents publics rémunérés par l'Etat et des matériels pour la réalisation de ses missions ;

Que dès lors que ces avantages placent, sans aucun doute, l'ANASAP en position avantageuse par rapport à ses concurrents qui sont ainsi privés d'une véritable concurrence, ceci en violation du principe d'égalité de traitement des candidats, il y a lieu de dire que l'autorité contractante n'aurait pas dû la consulter pour participer à la procédure de passation des marchés publics sus-référencée ;

Que bien plus, l'examen de la carte d'opérateur économique produite dans son offre fait ressortir que l'ANASAP relève du régime fiscal du réel sans TVA alors que suivant la lettre circulaire n° 0039/MEF/CAB du 19 septembre 2013 du ministre de l'économie et des finances, tout opérateur désireux de participer à la commande publique est tenu d'opter pour son assujettissement au régime fiscal du réel avec facturation de la TVA ;

Qu'ainsi, il y a lieu de dire que l'ANASAP qui est un organisme de droit public qui non seulement bénéficie des subventions de l'Etat mais aussi relève du régime fiscal non assujetti à la TVA, n'est pas éligible à participer aux procédures de passation des marchés publics ;

➤ **Sur la prise en compte du montant de la variante proposée par le soumissionnaire ANASAP**

Considérant que suivant le procès-verbal d'ouverture mis à la disposition des candidats, le montant de l'offre du soumissionnaire ANASAP lu lors de la séance d'ouverture des plis est de 14 750 000 francs CFA toutes taxes comprises ; que ce montant correspond effectivement à celui qui figure dans la lettre de soumission dudit soumissionnaire ;

Considérant qu'à l'issue de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a déclaré le soumissionnaire ANASAP attributaire provisoire du marché pour un montant de 4 500 000 francs CFA hors taxes, soit 5 310 000 francs CFA toutes taxes comprises ;

Considérant que l'entreprise BECO conteste ce montant auquel le marché est attribué au motif qu'il ne correspond pas à celui lu à l'ouverture des plis ;

Considérant qu'il est de règle que, pour qu'un montant, fût-il de l'offre de base ou de la variante, soit pris en compte aux fins d'évaluation des offres, il doit avoir été préalablement lu à l'ouverture des plis ;

Qu'en l'espèce, le dossier de consultation restreinte n'offre pas expressément aux candidats la possibilité de proposer des variantes ;

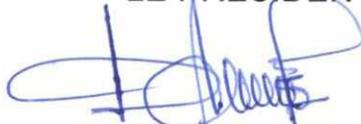
Considérant que l'offre du soumissionnaire ANASAP contient deux cadres de devis dont l'un est relatif à la variante et l'autre naturellement à l'offre de base ;
Qu'en ayant soumis deux cadres de devis en violation des dispositions du dossier de consultation restreinte, le soumissionnaire ANASAP a proposé deux offres qui doivent être sanctionnées par le rejet ; que l'autorité contractante n'aurait pas dû prendre en considération l'un ou l'autre des montants qu'il a proposés ; qu'en agissant ainsi, l'autorité contractante a fait une mauvaise application de la réglementation relative aux marchés publics en vigueur.

DECIDE :

- 1) Déclare le recours de l'entreprise BECO fondé ;
- 2) Constate que l'ANASAP n'est pas éligible à participer aux procédures de passation des marchés publics ;
- 3) Ordonne en conséquence l'annulation de l'attribution provisoire des résultats et la reprise la reprise de l'évaluation des offres ;
- 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 l'entreprise BECO, à la Commune de Kpalimé, 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