REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail-Liberté-Patrie

Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

DECISION N° 032-2014/ARMP/CRD DU 18 JUIN 2014 DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DE L'ENTREPRISE COMELEC ELECTRICITE EN CONTESTATION DES RESULTATS PROVISOIRES DE L'APPEL D'OFFRES OUVERT AOO N° 019/DPER/PRMP/DG/CEET/2013 DU 23 OCTOBRE 2013 DE LA COMPAGNIE ENERGIE ELECTRIQUE DU TOGO (CEET) RELATIF A L'ACQUISITION D'UN GROUPE ELECTROGENE MOBILE DE 1250 KVA DE MARQUE CUMMINS KTA50-G3 ET ACCESSOIRES

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 03 janvier 2012 portant règlement intérieur du Conseil de régulation des marchés publics ;

Vu la décision n° 003/2012/ARMP/CR du 03 janvier 2012 portant nomination des membres du Comité de règlement des différends (CRD) ;

Vu la requête de l'entreprise COMELEC ELECTRICITE datée du 30 mai 2014 et enregistrée le même jour au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 1372 ;

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 fondée sur la régularité du recours ;

Par décision n° 028-2014/ARMP/CRD du 11 juin 2014, le Comité de règlement des différends (CRD) de l'ARMP a reçu le recours de l'entreprise COMELEC ELECTRICITE contestant les résultats provisoires et a ordonné la suspension de la procédure d'attribution de l'appel d'offres sus-indiqué jusqu'au prononcé de la décision au fond.

Par lettre référencée n° 1232/ARMP/DG/DRAJ datée du 03 juin 2014, 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 bordereau d'envoi n° 117/PRMP/DG/CEET/2014 daté du 06 juin 2014 et enregistré le même jour sous le numéro 1426, la Personne responsable des marchés publics de la Compagnie Energie Electrique du Togo (CEET) a fait parvenir à l'ARMP la documentation ainsi réclamée.

LES FAITS

En vue d'harmoniser son parc composé de sept (07) groupes électrogènes de marque CUMMINS et de minimiser le coût de leur exploitation, la Compagnie Energie Electrique du Togo (CEET) a obtenu, par lettre n° 2092/MEF/DNCMP/DAF du 02 août 2014 une autorisation de la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) pour l'acquisition d'un groupe électrogène mobile de la marque sus-indiquée.

C'est ainsi qu'elle a lancé le 23 octobre 2013, l'appel d'offres ouvert n° 019/DPER/PRMP/DG/CEET/2013 relatif à l'acquisition d'un groupe électrogène mobile de1250 KVA de marque CUMMINS KTA50-G3 et accessoires.

Les fournitures sollicitées sont réparties en lot unique.

A la date limite de dépôt des offres fixée au 29 novembre 2013, la commission de passation des marchés publics de la CEET a reçu et ouvert les offres des soumissionnaires ci-après : COMELEC ELECTRICITE, TOGOMAT, SOCIETE TOGOLAISE DE DISTRIBUTION et PROJET PRODUCTION INTERNATIONALE.

A l'issue de l'évaluation des offres, la commission de passation des marchés publics a déclaré l'entreprise TOGOMAT attributaire provisoire du marché pour un montant de trois cent trente-cinq millions quatre cent vingt-neuf mille sept cents cinquante et un (335 429 751) F CFA TTC.

Après l'avis de non objection de la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) donné par lettre n° 1184/MEF/DNCMP/DAJ datée du 20 mai 2014, le Directeur général de la CEET a, par lettre n° 096/CPMP/PRMP/CEET/2014 datée du 26 mai reçue le 28 mai 2014, informé l'entreprise COMELEC ELECTRICITE des résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné et corrélativement du rejet de son offre.

Non satisfaite, l'entreprise COMELEC ELECTRICITE a, par lettre datée du 30 mai 2014 et enregistrée le même jour au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 1372, saisi le CRD pour contester la régularité des résultats provisoires de l'appel d'offres sus-référencé.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

L'entreprise COMELEC ELECTRICITE conteste la régularité des résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné et soutient à l'appui de son recours :

- qu'elle est surprise du rejet de son offre au motif que l'autorisation du fabricant et le certificat d'origine qu'elle a produits ne sont pas conformes aux clauses du dossier d'appel d'offres ;

- qu'en réponse à une demande d'informations complémentaires à lui adressée par l'autorité contractante au cours de l'évaluation des offres, elle avait produit les originaux de l'autorisation du fabricant et le certificat d'origine ;

- qu'elle se demande d'ailleurs qu'elle était l'intérêt d'une telle demande d'informations complémentaires d'autant plus que le procès-verbal d'attribution provisoire mis à sa disposition est établi antérieurement à ladite demande ;
- que cette situation signifie que l'autorité contractante avait déjà pris la décision d'attribution avant de lui adresser la demande d'informations complémentaires ; qu'une telle attitude est inadmissible ;
- qu'elle demande au Comité de bien vouloir faire la lumière sur l'évaluation des offres en ce qui concerne l'exigence de l'autorisation du fabricant et du certificat d'origine pour lesquels elle met à sa disposition l'adresse complète du fournisseur.

LES MOTIFS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

L'autorité contractante n'a pas produit de mémoire en réponse au recours de l'entreprise COMELEC ELECTRICITE.

Cependant, l'instruction du dossier révèle que l'offre de la requérante a été rejetée pour la non-prise en compte de l'autorisation du fabricant et du certificat d'origine qu'elle a produits.

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur la conformité de l'autorisation du fabricant et du certificat d'origine produits par le soumissionnaire COMELEC ELECTRICITE aux clauses du dossier d'appel d'offres susmentionné.

EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

- **Sur l'autorisation du fabricant**

Considérant qu'aux termes de la clause IC 18.1(a) des données particulières de l'appel d'offres, « l'autorisation du fabricant est requise pour les matériels proposés » ;

Considérant que dans son offre technique, le soumissionnaire COMELEC ELECTRICITE a produit un document intitulé « autorisation du fabricant » dans lequel la société International Electric Export se déclarant « distributeur réputé de matériels électriques basses et moyennes tension, éclairage, accessoires divers et partenaire export du fabricant CUMMINS France » l'autorise à soumissionner à l'appel d'offres ci-dessus référencé ;

Considérant que l'autorité contractante a mis à la disposition des candidats, dans le dossier d'appel d'offres, des formulaires au rang desquels figure le formulaire relatif à l'autorisation du fabricant ;

Que suivant ce formulaire, l'autorisation du fabricant doit obligatoirement être délivrée par la structure qui est réputée fabricante des matériels sollicités ;

Qu'en l'espèce, l'autorisation du fabricant produite par la requérante dans son offre n'est pas conforme dans la mesure où la conditionnalité consistant en ce qu'elle soit délivrée par un fabricant fait défaut car la société International Electric Export s'est déclarée distributrice de groupes électrogènes et non fabricante ;

Considérant qu'en dépit de cette insuffisance, la personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante a sollicité de la requérante des compléments d'informations relativement à l'autorisation du fabricant et au certificat d'origine ;

Qu'en réponse, la requérante a fourni une autorisation du fabricant délivrée par CUMMINS FRANCE et signée par le sieur Stéphane BERTHAT, Directeur Groupe Electrogène, dans laquelle sa société, d'une part, se déclare réputée fabricante de groupes électrogènes « CUMMINS France » et d'autre part, lui donne « habilitation à signer l'habilitation pour et au nom de International Electric Export » ;

Considérant que l'autorisation du fabricant produite initialement par le soumissionnaire COMELEC ELECTRICITE dans son offre est signée par le nommé Georges DAHER en sa qualité de Directeur général de la société International Electric Export, dûment habilité à signer l'habilitation au nom de sa société alors que suivant l'attestation du fabricant fournie au titre des compléments d'informations, le Directeur du Groupe Electrogène Stéphane BERTHAT est désigné à agir au nom et pour le compte de son partenaire International Electric Export ;

Qu'une telle situation semblable à celle de conflit d'intérêts est intolérable d'autant plus qu'un fabricant ne peut à la fois défendre ses intérêts et se substituer au distributeur de ses produits dont les intérêts sont inévitablement opposés ;

Considérant qu'à cette étape de l'évaluation des offres, la commission de passation a tout naturellement conclu au rejet de l'offre de la requérante pour avoir produit l'attestation d'un distributeur en lieu et place de celle d'un fabricant exigée par le dossier d'appel d'offres ;

Considérant toutefois que faisant suite à la recommandation de la direction nationale du contrôle des marchés publics, l'autorité contractante a réclamé à la requérante l'attestation que le fabricant CUMMINS France a délivrée au distributeur International Electric Export ;

Qu'en réaction, l'entreprise COMELEC ELECTRICITE a fourni une autorisation du fabricant datée du 18 avril 2014 dans laquelle la société CUMMINS FRANCE réaffirme que son partenaire International Electric Export est distributeur de ses produits et désigne le Directeur Groupe Electrogène, Stéphane BERTHAT, à signer l'habilitation pour et au nom de CUMMINS FRANCE ;

Considérant qu'il est exact que dans la nouvelle autorisation du fabricant que la requérante a fournie, la société CUMMINS France ne s'est nullement déclarée « réputée fabricante » ; que les caractéristiques du papier utilisé ainsi que toutes autres mentions pouvant permettre d'identifier cette structure ne sauraient se substituer à l'engagement exprès exigé dans une autorisation du fabricant ;

Considérant de plus que la société CUMMINS FRANCE s'était formellement désignée fabricante de groupes électrogènes dans l'attestation du fabricant qu'elle a délivrée le 20 novembre 2013 alors que suivant les recherches effectuées à ce jour sur son site Internet, elle s'est toujours identifiée comme distributeur de groupes électrogènes ;

Considérant par ailleurs, que le nommé Stéphane BERTHAT qui a signé l'autorisation du fabricant ne figure pas parmi les dirigeants sociaux de la société CUMMINS FRANCE qu'il prétend engager ; qu'il aurait fallu qu'il joigne à l'autorisation qu'il a signée l'acte l'habilitant à le faire ; qu'en ne l'ayant pas fait, cette autorisation est dénuée de toute validité ;

Considérant qu'en tenant compte de ce qui précède, en l'absence des mentions cumulatives exigées dans une autorisation du fabricant, notamment la qualité de fabricant et l'autorisation donnée au candidat à soumissionner pour fournir ses produits, les autorisations du fabricant fournies par l'entreprise COMELEC ELECTRICITE ne sauraient être considérées comme valables au sens de la clause IC 18.1 (a) des données particulières de l'appel d'offres ; que la sous-commission d'évaluation a fait une saine application de ladite clause en les écartant ;

- **<u>Sur le certificat d'origine</u>**

Considérant qu'aux termes de la clause IC 5.1 des données particulières de l'appel d'offres, il est exigé des soumissionnaires d'intégrer dans leurs offres un certificat d'origine ;

Considérant que le certificat d'origine est un document normalisé qui, pour satisfaire aux exigences douanières et/ou commerciales, permet d'identifier les marchandises, et dans lequel l'autorité ou l'organisme habilité à le délivrer certifie expressément que les marchandises auxquelles le certificat se rapporte sont originaires d'un pays ou d'un groupe de pays donné ;

Considérant que dans son offre, la requérante a produit un certificat d'origine élaboré par ses soins et signé par lui, et par lequel il déclare que « Selon le fabricant CUMMINS FRANCE, le groupe électrogène est assemblé avec le moteur et alternateurs fabriqués aux États-Unis et assemblé en France. L'inverseur de source est fabriqué en France » ;

Considérant que tenant compte de la définition ci-dessus mentionnée du certificat d'origine, il doit être délivré par l'autorité ou l'organisme habilité et non par un candidat ou soumissionnaire qui n'est qu'un distributeur ou revendeur des produits dont il est censé ignorer leur origine ;

Considérant qu'à la demande de l'autorité contractante, la requérante a dû fournir une attestation d'origine à elle délivrée par la société CUMMINS FRANCE et signée par le Directeur Groupes Electrogènes, Stéphane BERTHAT ;

Que tenant compte de l'argumentaire ci-dessus développé et suivant lequel le susnommé ne dispose pas d'habilitation pour engager la société CUMMINS France, l'attestation d'origine qu'il a signée ne saurait également être reconnue valable ; qu'ainsi, la commission de passation des marchés publics n'a pas méconnu la clause ci-dessus citée ;

- **Sur la date d'établissement du procès-verbal d'attribution provisoire**

Considérant que la requérante reproche à la commission de passation des marchés publics, en tenant compte de la date du 24 février 2014 figurant sur le procès-verbal d'attribution, d'avoir pris la décision d'attribution provisoire avant de lui réclamer des informations complémentaires par courrier daté du 17 avril 2014 ;

Considérant que l'instruction a révélé qu'effectivement à la date du 24 février 2014, les membres de la commission de passation des marchés publics ont signé le procès-verbal d'attribution avant de le soumettre à la signature de la personne responsable des marchés publics ;

Que par la suite, le rapport d'évaluation a été soumis à l'appréciation de la commission de contrôle des marchés publics de l'autorité contractante avant d'être transmis à la direction nationale du contrôle des marchés publics pour recueillir son avis de non objection ;

Considérant qu'au terme de l'analyse du rapport d'évaluation, la DNCMP a recommandé à la CEET de réclamer au soumissionnaire COMELEC ELECTRICITE l'autorisation du fabricant et du certificat d'origine qui ont été délivrés à la société International Electric Export par la société CUMMINS France l'autorisant à commercialiser ses produits ;

Considérant que faisant suite à la demande de l'autorité contractante datée du 17 avril 2014, le soumissionnaire COMELEC ELECTRICITE a fourni l'autorisation du fabricant et l'attestation d'origine à elle délivrées par la société CUMMINS France en date du 18 avril 2014 ;

Considérant qu'estimant que les documents produits par la requérante ne constituent pas les réponses appropriées aux demandes d'éclaircissements sollicitées, la commission de passation n'a tiré d'eux aucune conséquence ;

Considérant qu'il est constant que le rapport d'évaluation est élaboré, voire finalisé avant que la demande d'éclaircissements ne soit adressée au soumissionnaire concerné ;

Considérant que la commission de passation qui se décide à solliciter des éclaircissements au soumissionnaire, ne doit sous aucun prétexte finaliser le rapport d'évaluation ainsi que le procès-verbal, les dater et les faire signer par ses membres avant la réponse du soumissionnaire ; qu'en agissant ainsi, tout porte à croire que le sort des éclaircissements attendus est connu avant qu'ils ne soient sollicités ;

Considérant qu'en tout état de cause, la personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante, seule personne habilitée à engager l'autorité contractante, n'a signé le procès-verbal d'attribution que le 26 mai 2014, soit bien après la réception de la réponse de la requérante aux demandes d'éclaircissements ; que si la réponse fournie devrait avoir une incidence sur les résultats, la commission de passation serait obligée d'en tenir compte dans le procès-verbal d'attribution avant sa signature par la personne responsable des marchés publics ; que dès lors que ces compléments d'informations sont sans incidence sur les résultats d'évaluation des offres, la requérante n'a subi aucun préjudice de la non actualisation du rapport d'évaluation et du procès-verbal d'attribution provisoire ; qu'ainsi, les motifs du rejet de l'offre de la requérante sont justifiés ;

- **<u>Sur l'autorisation du fabricant produite par le soumissionnaire TOGOMAT</u>**

Considérant que l'objet du dossier d'appel d'offres est relatif à l'acquisition d'un groupe électrogène de marque CUMMINS ;

Qu'à cet effet ledit dossier a exigé des candidats la production de l'autorisation du fabricant ;

Que dans son offre, le soumissionnaire TOGOMAT a produit l'autorisation du fabricant INTERPOWER INTERNATIONAL LIMITED ;

Considérant que dans ce document ladite société s'est contentée de déclarer qu'elle est fabricant réputée de groupes électrogènes et qu'elle autorise la société TOGOMAT à soumissionner à l'appel d'offres ci-dessus cité pour livrer les fournitures fabriquées par elle ;

Considérant qu'à titre dérogatoire, l'autorité contractante a été autorisée à acquérir des groupes électrogènes de marque CUMMINS ;

Qu'en conséquence, il va de soi que l'autorisation du fabricant à produire par les soumissionnaires ne peut être délivrée que par un fabricant des groupes électrogènes de cette marque ;

Considérant qu'il ne résulte nullement de l'autorisation délivrée par la société INTERPOWER INTERNATIONAL LIMITED au soumissionnaire TOGOMAT qu'elle produit des groupes électrogènes de marque CUMMINS ;

Que face à cette carence d'informations, la commission de passation aurait dû, tout comme elle l'a fait pour le soumissionnaire COMELEC ELECTRICITE, réclamer au soumissionnaire TOGOMAT des compléments d'informations sur la marque des groupes électrogènes que la société INTERPOWER INTERNATIONAL LIMITED fabrique ; qu'en n'ayant pas agi ainsi, la commission de passation des marchés publics a méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats ;

Qu'au regard de tout ce qui précède, il convient d'annuler l'attribution du marché et d'ordonner la reprise de l'évaluation des offres.

DECIDE :

1) Déclare le recours de l'entreprise COMELEC ELECTRICITE non fondé ;

2) La déboute de tous ses moyens, prétentions et demandes ;

3) Constate que le principe d'égalité de traitement des candidats a été violé par l'autorité contractante ;

4) Ordonne l'annulation de l'attribution provisoire de l'appel d'offres ouvert n° 019/DPER/PRMP/DG/CEET/2013 du 23 octobre 2013 ;

5) Ordonne en conséquence la reprise de l'évaluation des offres ;

6) Dit que la présente décision est immédiatement exécutoire nonobstant toutes voies de recours ;

7) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à l'entreprise COMELEC ELECTRICITE, à la Compagnie Energie Electrique 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