REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail-Liberté-Patrie

Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

DECISION N° 036-2014/ARMP/CRD DU 09 JUILLET 2014 DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE e-HUB SARL U CONTESTANT LES RESULTATS PROVISOIRES DE L'APPEL D'OFFRES INTERNATIONAL N° 001/MME/PRMP/2014 DU 17 MARS 2014 DU MINISTERE DES MINES ET DE L'ENERGIE RELATIF A LA FOURNITURE ET POSE DE MATERIELS ELECTRIQUES DE RESEAUX MT ET BT : ELECTRIFICATION RURALE (LOTS N° 1 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° 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 la société e-HUB Sarl U datée du 17 juin 2014 et enregistrée le 18 juin 2014 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 1472 ;

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° 035-2014/ARMP/CRD du 25 juin 2014, le Comité de règlement des différends (CRD) a reçu le recours de la société e-HUB Sarl U en contestation des résultats provisoires et a ordonné la suspension de la procédure d'attribution du marché de l'appel d'offres sus-indiqué jusqu'au prononcé de la décision au fond.

Par lettre référencée n° 1360/ARMP/DG/DRAJ datée du 20 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 recours.

Par bordereau d'envoi n° 101/MME/PRMP/2014 daté du 24 juin 2014, reçu le même jour et enregistré sous le numéro 1512, la Personne responsable des marchés publics du ministère des mines et de l'énergie a transmis à l'ARMP la documentation ainsi réclamée.

LES FAITS

Le ministère des mines et de l'énergie a lancé le 17 mars 2014, l'appel d'offres international AOI n° 001/MME/PRMP/2014 pour la fourniture et pose de matériels électriques de réseaux moyenne tension (MT) et basse tension (BT) dans le cadre du projet d'électrification rurale.

Les fournitures sollicitées sont réparties en trois (3) lots composés comme suit :

- lot n° 1 : fourniture et pose de matériels électriques de réseaux MT/BT dans les localités d'Atiho, de Lanvo et de Gapé-Todomé dans la région Maritime ;
- lot n° 2 : fourniture et pose de matériels électriques de réseaux MT/BT dans les localités de Guérin-Kouka et de Nawaré dans la région de la Kara ;
- lot n° 3 : fourniture et pose de matériels électriques de réseaux MT/BT dans la localité de Koumongou-Kan dans la région des Savanes.

A la date limite de dépôt des offres fixée au 30 avril 2014, la commission de passation des marchés publics du ministère des mines et de l'énergie a reçu et ouvert les offres présentées par quinze (15) soumissionnaires dont celles des sociétés e-HUB Sarl U, SATEL-SEFCO, GTECOM et EBIT.

A l'issue de l'évaluation des offres, la commission de passation a déclaré attributaires provisoires les soumissionnaires ci-après :

- SATEL-SEFCO : pour un montant de soixante-douze millions sept cent quatre-vingt-seize mille quatre cent cinquante-neuf (72 796 459) F CFA toutes taxes comprises (lot n° 1) ;
- GTECOM : pour un montant de trois cent trente-et-un millions quatre-vingt-huit mille deux cent trente-cinq (331 088 235) F CFA toutes taxes comprises (lot n° 2) ;
- EBIT : pour un montant de quatre-vingt millions neuf cent quatre-vingt-treize mille deux cent soixante-onze (80 993 271) F CFA toutes taxes comprises (lot n° 3).

Après l'avis de non objection de la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) donné par lettre n° 1268/MEF/DNCMP/DAF du 26 mai 2014 sur le rapport d'évaluation des offres, la personne responsable des marchés publics du ministère des mines et de l'énergie a, par bordereau

d'envoi n° 076/MME/PRMP/2014 daté du 27 mai 2014, reçu le 30 mai 2014, informé la société e-HUB Sarl U des résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné et corrélativement du rejet de ses offres.

Après avoir pris connaissance desdits résultats, le soumissionnaire e-HUB Sarl U a, par lettre datée du 10 juin 2014 adressée à la personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante, contesté les résultats provisoires par un recours gracieux.

Par lettre référencée n° 087/MME/PRMP/2014 datée du 13 juin 2014, l'autorité contractante a rejeté le recours gracieux ainsi introduit comme non fondé.

Non satisfait, le soumissionnaire e-HUB Sarl U a, par lettre datée du 17 juin 2014, contesté devant le CRD les résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

La société e-HUB Sarl U conteste les résultats provisoires des lots n° 1 et n° 3 de l'appel d'offres susmentionné et soutient à l'appui de son recours :

- qu'elle reconnaît n'avoir pas joint à ses offres ses états financiers certifiés ;
- que s'agissant d'une omission indépendante de sa volonté, l'autorité contractante aurait dû, conformément à l'article 56 du code des marchés publics, lui demander des éclaircissements concernant ses états financiers d'autant plus qu'elle a produit dans ses offres les attestations de capacités financières établissant l'existence d'une facilité de crédit ;
- qu'elle note également des incohérences dans la décision d'attribution des lots d'autant plus qu'elle a été écartée aux lots n° 1 et n° 3 où elle est moins disante mais retenue pour le lot n° 2 où elle ne l'est pas ;
- que de plus, le procès-verbal d'attribution du lot n° 3 n'a été signé que par certains membres de la commission d'évaluation des offres qui n'ont pas daigné exprimer des réserves ;
- qu'au regard de tout ce qui précède, elle conteste les résultats provisoires des lots n° 1 et n° 3 et sollicite à cet effet l'arbitrage du Comité.

LES MOTIFS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

Dans son mémoire en réponse au recours du soumissionnaire e-HUB Sarl U, l'autorité contractante soutient :

- que l'évaluation des offres a été conduite suivant les étapes prescrites en matière d'évaluation des offres, à savoir la vérification de la garantie de soumission et des pièces administratives, l'examen préliminaire, l'examen détaillé et l'examen des critères de post qualification ;
- que pour les lots n° 1 et n° 3, le soumissionnaire e-HUB Sarl U a satisfait aux exigences de toutes les étapes à l'exception de celle relative à la post-qualification d'autant plus qu'il n'a pas joint à ses offres les états financiers exigés par le dossier d'appel d'offres ;
- que bien que les offres de la requérante soient moins-disantes pour lesdits lots, celle-ci n'est pas qualifiée pour être déclarée attributaire provisoire ;
- que concernant le lot n° 2, l'offre du soumissionnaire e-HUB Sarl U, bien que conforme pour l'essentiel, n'était pas la moins-disante ; que par application du principe d'évaluation sus-évoqué, son offre pour ce lot n'a simplement pas fait l'objet d'examen des critères de post-qualification ;
- que contrairement aux prétentions de la requérante, l'exigence du chiffre d'affaires et celle de la capacité financière ne sont pas cumulatives ; que c'est pour cette raison que les deux critères ont été évalués séparément ; que la requérante n'ayant pas joint ses états financiers aux lots n° 1 et n° 3, la commission d'évaluation a estimé qu'elle n'est pas qualifiée pour lesdits lots ;
- que s'agissant du grief relatif à la non signature du procès-verbal d'attribution, elle tient à préciser qu'il s'agit d'une simple erreur humaine qui a déjà été corrigée et la dernière version transmise à la requérante lors de la réponse à son recours gracieux ;
- que la demande d'éclaircissements telle que libellée à l'article 56 du code des marchés publics s'entend des éléments déjà fournis dans l'offre et non des éléments substantiels manquants comme les états financiers ;
- qu'en tout état de cause, l'analyse des états financiers fournis par la requérante lors de son recours gracieux révèle que celui-ci ne peut satisfaire à l'exigence liée au chiffre d'affaires d'autant plus ceux-ci ne concernent que les exercices 2012 et 2013 alors que le DAOI exige un chiffre d'affaires moyen des trois dernières années, soit pour les années 2011, 2012 et 2013 ;

- qu'elle tient à préciser que conformément à l'article 62 du code des marchés publics, les lots contestés par la requérante ont déjà fait l'objet d'attribution définitive d'autant plus que les résultats provisoires ont été publiés depuis le 30 mai 2014 alors qu'elle n'a reçu la lettre de demande d'informations complémentaires de la direction générale de l'ARMP que le 20 juin 2014, soit après une période de plus de 15 jours ouvrables ;
- que la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) a déjà même validé les projets de marchés par lettre n° 1456/MEF/DNCMP/DAF du 17 juin 2014.

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur la régularité du rejet des offres d'un soumissionnaire pour absence d'états financiers nonobstant leurs caractères conformes pour l'essentiel et moins disantes.

AU FOND

➢ **Sur l'évaluation des offres ne contenant pas d'états financiers**

Considérant que la requérante reproche à l'autorité contractante d'avoir rejeté ses offres pour les lots n° 1 et n° 3 pour non production d'états financiers des trois dernières années alors que ce motif n'a pas été évoqué pour rejeter son offre du lot n° 2 pour lequel il a également soumissionné ;

Considérant qu'aux termes de la clause IC 5.1 des données particulières de l'appel d'offres, il est exigé des soumissionnaires de fournir la preuve écrite qu'ils ont réalisé un chiffre d'affaires annuel moyen au cours des trois dernières années au moins égal à 0,5 fois le montant de leurs offres ;

Considérant qu'il est constant qu'à l'issue de l'évaluation des offres, celles de la requérante, en ce qui concerne les lots n° 1 et n° 3, n'ont pas été retenues pour défaut de production des états financiers des trois dernières années tandis que son offre pour le lot n° 2 a été déclarée conforme pour l'essentiel mais non moins disante ;

Considérant qu'aux termes de la clause IC 38.1 du dossier d'appel d'offres, le marché est attribué à l'offre conforme aux spécifications techniques, évaluée la moins disante et dont le soumissionnaire satisfait aux critères de qualification ;

Considérant que les critères relatifs aux capacités financières des candidats font partie des critères de post-qualification qui ne sont examinés que pour les offres évaluées conformes et moins disantes ;

Considérant s'il est vrai, en ce qui concerne les lots n° 1 et n° 3, que les offres de la requérante ont été déclarées conformes et évaluées moins disantes, il n'en demeure pas moins, qu'à cette étape, il ne restait qu'à examiner si elle satisfait aux critères de qualification ;

Considérant qu'un examen des offres de la requérante révèle qu'elle n'a pas produit d'états financiers tels qu'exigés par la clause ci-dessus citée ;

Considérant que dans sa requête, le soumissionnaire e-HUB Sarl U a reconnu n'avoir pas fourni dans ses offres les états financiers exigés avant de faire observer que la personne responsable des marchés publics du ministère des mines et de l'énergie aurait dû les lui réclamer ;

Considérant que si la requérante disposait des états financiers des trois dernières années tels qu'exigés par le dossier d'appel d'offres, il lui appartenait de les produire dans ses offres plutôt que de s'attendre à ce qu'ils lui soient réclamés au cours de l'évaluation des offres ;

Considérant s'il est exact que l'autorité contractante peut réclamer des éclaircissements aux soumissionnaires, il n'en demeure pas moins que les éclaircissements à fournir ne doivent pas avoir pour finalité la modification de l'offre ou la régularisation d'une offre incomplète ;

Que le soumissionnaire devrait faire preuve de professionnalisme dans la préparation des offres en veillant à la production de l'exhaustivité des documents et pièces exigés par le dossier d'appel d'offres au lieu de s'attendre à se les faire réclamer ;

Considérant qu'après la notification des résultats de l'évaluation des offres, la requérante a transmis les états financiers des deux dernières années ; que même en admettant que lesdits états financiers devraient être considérés, ils sont incontestablement insuffisants par rapport au critère de qualification exigé par le dossier d'appel d'offres ; qu'en l'absence de production d'états financiers dans ses offres, la requérante n'a pas satisfait aux critères de post-qualification ; qu'ainsi, la sous-commission d'analyse a fait une bonne application de la réglementation en concluant que la requérante n'a pas satisfait aux critères de post qualification ;

- **<u>sur le défaut de signature du procès-verbal d'attribution par certains membres de la commission de passation des marchés publics (CPMP)</u>**

Considérant que la requérante allègue que le procès-verbal d'attribution provisoire relatif au lot n° 3 n'est pas signé par certains membres de la commission de passation des marchés publics de l'autorité contractante ;

Considérant qu'un examen dudit document établi qu'il porte la signature de deux membres sur cinq composant ladite commission ;

Considérant que dans son mémoire en réponse, la personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante explique cette situation par l'indisponibilité de certains membres qui n'ont pas pu signer les exemplaires des procès-verbaux d'attribution ;

Considérant qu'aux termes de l'alinéa 3 de l'article 56 du code des marchés publics, le rapport d'analyse fait l'objet d'un document unique paraphé et signé de tous les membres de la sous-commission, qui peuvent y mentionner leurs réserves ;

Considérant que selon l'article 61 du code des marchés publics, l'autorité contractante doit communiquer par écrit à tout soumissionnaire écarté les motifs du rejet de son offre, le montant du marché attribué et le nom de l'attributaire provisoire ; que tout soumissionnaire écarté peut demander une copie du procès-verbal d'attribution ;

Considérant qu'il ressort de la combinaison des articles 56 alinéa 3 et 61 du code des marchés publics que s'il est expressément exigé que le rapport d'analyse soit signé par tous les membres de la sous-commission d'analyse, il n'en est pas de même en ce qui concerne le procès-verbal d'attribution qui est en réalité un résumé du rapport d'évaluation et qui contient des mentions essentielles visant à informer les soumissionnaires de l'issue de l'évaluation ;

Que loin de déduire que le procès-verbal d'attribution ne doit pas être signé par l'ensemble des membres de la commission de passation des marchés publics, dès lors que le rapport d'analyse est signé par les membres de la sous-commission d'analyse sans réserves et que le procès-verbal d'attribution contient des informations identiques sur les résultats de l'évaluation, l'insuffisance de signatures des membres de la commission de passation des marchés publics n'a créé aucun préjudice à la requérante ;

Que de plus, cette irrégularité a été rectifiée par l'autorité contractante à l'issue du recours gracieux du soumissionnaire e-HUB Sarl U ; qu'ainsi, cet argumentaire de la requérante ne saurait prospérer ;

Qu'au regard de tout ce qui précède, il y a lieu de rejeter les demandes de la requérante ;

DECIDE :

1) Déclare le recours de la société e-HUB Sarl U non fondé ;

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

3) Ordonne la mainlevée de la mesure de suspension de l'attribution de l'appel d'offres susmentionné, prononcée par décision n° 035-2014/ARMP/CRD du 25 juin 2014 :

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 e-HUB, au ministère des mines et de l'énergie, 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