

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail-Liberté-Patrie



Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

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

**DECISION N° 045-2012/ARMP/CRD DU 31 OCTOBRE 2012
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN FORMATION
LITIGES SUR LES RECOURS DES ENTREPRISES ANGELIQUE
INTERNATIONAL LIMITED ET MOHAN ENERGY CORPORATION PVT LTD
CONTRE LES RESULTATS PROVISOIRES DE L'APPEL D'OFFRES
INTERNATIONAL N° 001/MME/PRMP/2012 DU 30 AVRIL 2012 DU MINISTERE
DES MINES ET DE L'ENERGIE RELATIF A L'ELECTRIFICATION RURALE
PHASE 2 SUR FINANCEMENT DE LA REPUBLIQUE DE L'INDE (LOTS 1, 2 et 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 ;

[Signature] 8.
1

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 ANGELIQUE International Limited datée du 02 octobre 2012 enregistrée le même jour au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 1274 ;

Vu la requête de l'entreprise MOHAN ENERGY CORPORATION PVT LTD datée du 05 octobre 2012 enregistrée le 08 octobre 2012 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 1307 ;

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

En présence de messieurs Kuami Gaméli LODONOU, Président par intérim ; Alexis Coffi AQUEREBURU et Abeyeta DJENDA, membres dudit Comité ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Adopte la présente décision fondée sur la régularité des recours ;

Par lettre datée du 02 octobre 2012 enregistrée le même jour au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 1274, l'entreprise ANGELIQUE International Limited, ayant son siège au 104-107 Hemkunt Tower, 1st Floor, 98 Nehru Place, New Dehli 110019 INDIA, représentée par son vice-président Monsieur VIPUL JAIN, a introduit un recours en contestation des résultats de l'appel d'offres international n° 001/MME/PRMP/2012 du 30 avril 2012 relatif à l'électrification rurale phase 2 sur financement de la République de l'Inde (lots n° 1, 2 et 3), lancé par le ministère des mines et de l'énergie.

Par lettre datée du 05 octobre 2012 enregistrée le 08 octobre 2012 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 1307, l'entreprise MOHAN ENERGY CORPORATION PVT LTD, ayant son siège au Mohan House, Community Centre, 8-9 Zamrudpur, Kailash Colony Ext., New Dehli-110048, INDIA, représentée par son General Manager Monsieur V.P. SINGH, a introduit un recours en contestation des résultats de l'appel d'offres international n° 001/MME/PRMP/2012 relatif à l'électrification rurale phase 2 sur financement de la République de l'Inde (lots n°1, 2 et 3), lancé par le ministère des mines et de l'énergie.

[Handwritten signatures and initials]

LES FAITS

Le gouvernement de la République Togolaise a obtenu un prêt du Gouvernement de la République de l'Inde en vue de financer le « Projet d'électrification rurale phase 2 ». Pour ce faire, le ministère des mines et de l'énergie a lancé le 30 avril 2012 l'avis d'appel d'offres international n° 001/MME/PRMP/2012 en vue de sélectionner des entreprises indiennes éligibles et qualifiées pour l'exécution des travaux dans trente-neuf (39) localités du territoire national togolais.

L'appel d'offres est subdivisé en trois (3) lots qui se présentent comme suit :

- Lot n° 1- marché KS : fourniture et travaux pour la région de la Kara et la région des Savanes (160 km de ligne MT, électrification de 16 localités) ;
- Lot n° 2- marché C : fourniture et travaux pour la région Centrale (100 km de ligne MT, électrification de 8 localités) ;
- Lot n° 3- marché MP : fourniture et travaux pour la région Maritime et la région des Plateaux (140 km de ligne MT, électrification de 15 localités) ;

A l'ouverture des plis le 26 juin 2012, la commission de passation des marchés publics a enregistré sept (7) entreprises dont les offres ont été ouvertes.

Après l'évaluation desdites offres, la commission de passation des marchés publics du ministère des mines et de l'énergie a proposé l'entreprise SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED comme attributaire provisoire des trois (03) lots pour un montant de 4 422 363,91 USD (lot n° 1) ; 2 984 441,20 USD (lot n°2) et 4 113 017, 61 USD (lot n° 3).

Suite à l'avis de non objection n° 1702/MEF/DNCMP en date du 17 septembre 2012 de la direction nationale du contrôle des marchés publics, la personne responsable des marchés publics du ministère des mines et de l'énergie a, par lettres n° 054/MME/PRMP/2012 et n° 056/MME/PRMP/2012 du 18 septembre 2012, notifié respectivement aux entreprises MOHAN ENERGY CORPORATION PVT LTD et ANGELIQUE International Limited les résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné.

Réagissant à ces résultats, les entreprises ANGELIQUE International Limited et MOHAN ENERGY CORPORATION PVT LTD ont respectivement saisi les 02 et 08 octobre 2012 par courriers datés des 02 et 05 octobre 2012, le

Comité de règlement des différends aux fins de contester les résultats de l'attribution provisoire.

Par décision n° 039-2012/ARMP/CRD du 09 octobre 2012, le CRD a ordonné la jonction des recours des entreprises ANGELIQUE International Limited et MOHAN ENERGY CORPORATION PVT LTD et la suspension de la procédure d'attribution de l'appel d'offres susmentionné.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DES RECOURS

L'entreprise MOHAN ENERGY COMPANY PVT LTD conteste le rejet de son offre et soutient à l'appui de son recours :

- Qu'il est indiqué dans la lettre n°070/MME/PRMP/2012 par laquelle l'autorité contractante lui a signifié les résultats de l'évaluation des offres que « les prix doivent être indiqués sans les taxes et droits conformément à la clause 36.4 (ii) des instructions aux soumissionnaires alors que sont inclus dans les prix qu'elle a proposés toutes taxes locales et les dédouanements de droits de douane applicable équivalents à 5,5% du prix de son offre ;
- Qu'outre le fait que les autres soumissionnaires n'ont pas intégré des taxes dans leurs offres financières, les prix proposés par le soumissionnaire SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED sont très bas et ne peuvent pas lui permettre d'exécuter et d'achever les travaux envisagés ;

L'entreprise ANGELIQUE International Limited, pour contester l'attribution des trois lots de l'appel d'offres à l'entreprise SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED, soutient :

- que le dossier d'appel d'offres établit de façon stricte les critères d'évaluation et de qualification et requiert de tous les soumissionnaires des documents précis justifiant qu'ils ont exécuté et achevé de 2007 à 2011 les travaux similaires à hauteur d'un montant déterminé de façon générale et de façon spécifique en Afrique au sud du Sahara ;
- que la personne responsable des marchés publics reconnaît implicitement dans sa lettre du 26 septembre 2012 que dans les rapports d'évaluation des offres et des recommandations d'attribution du marché établis par la sous-commission d'analyse, l'entreprise SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED ne remplissait pas les critères de qualifications a posteriori pour n'avoir pas fourni la documentation

demandée ; que même si l'entreprise SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED présente l'offre financière la moins disante, il est incontestable que son dossier n'était pas conforme aux critères d'évaluation et de qualification ;

- que conformément à l'article 56 du code des marchés publics, les éclaircissements demandés par la personne responsable des marchés publics sur proposition de la sous-commission et fournis par écrits par les soumissionnaires, ne peuvent en aucune façon, avoir pour effet de modifier les éléments de l'offre en vue de la rendre plus conforme et plus compétitive ;
- que conformément à l'article 56 précité du code des marchés publics, les éclaircissements à demander au soumissionnaire SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED auraient dû être les copies des différents marchés similaires et les différents procès-verbaux ayant sanctionné l'exécution de ces marchés ainsi que les différentes vues prises lors de l'exécution des travaux et non toute autre forme de procédures ; que la démarche de la personne responsable des marchés publics et sa réponse manquent de transparence et amènent à relever une intention d'aider un soumissionnaire au détriment des autres ; ce qui constitue une rupture d'égalité de traitement à l'égard des soumissionnaires ;
- qu'en attribuant le marché à la société SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED dans les conditions susvisées, l'autorité contractante a commis une violation de l'article 47 alinéa 1^{er} du code des marchés publics qui doit être sanctionnée par l'annulation des attributions provisoires ;
- qu'il y a lieu, enfin de relever une fausse application de l'article 56 alinéa 4 du code des marchés publics car, il ne s'agit pas d'éclaircissements qui ont été demandés à l'entreprise SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED mais d'un favoritisme qui a permis à ce soumissionnaire de rendre « soi-disant » conforme les documents de son offre.

Dans un mémoire complémentaire adressé au Comité de règlement des différends en date du 09 octobre 2012, l'entreprise ANGELIQUE International Limited ajoute :



- que les trois (3) projets présentés par la société SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED à l'appui de sa qualification ne sauraient être retenus ; que s'agissant du projet au Nigéria, non seulement SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED n'a agi uniquement que comme fournisseur d'équipements à GTA Engineering mais, de plus, il ne saurait produire une attestation de bonne fin d'exécution de ces travaux d'autant plus que c'est un projet en cours d'exécution ;
- que s'agissant du projet avec la société nigérienne NIGELEC qui est en cours d'exécution et donc non achevé, SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED n'a fourni que des groupes électrogènes et quelques équipements électriques ; par conséquent, elle ne peut produire un procès-verbal d'achèvement ;
- que s'agissant du projet de transport et de distribution d'électricité au Burkina Faso, le projet n'a pas encore été approuvé par EXIM BANK INDE ;
- que la règle imposée à tous les soumissionnaires par les documents contractuels de l'appel d'offres veut que le ou les projets qualifiant doivent avoir été achevés à 100 % à la date du 31 décembre 2011 ; que le dossier n'a pas prévu la prise en compte des projets en cours d'exécution ;
- que la direction nationale du contrôle des marchés publics sous l'influence de laquelle la sous-commission d'évaluation des offres a eu à changer ses recommandations initiales d'attribution de l'appel d'offres n'est plus dans son rôle et outrepassé ses compétences, en s'érigant en quasi-avocat d'un soumissionnaire ;
- qu'enfin, l'offre de l'entreprise ANGELIQUE International Limited a été faite sur la base d'un bon rapport qualité/ prix avec certains équipements d'origine européenne comme les transformateurs qui ont une certaine durabilité de vie avec un approvisionnement aisé pour les pièces de rechange, ceci entraîne un prix objectif dont les bases sont techniquement et commercialement justifiables.

[Signature]

MOTIFS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

En réponse aux recours des requérantes, l'autorité contractante fait par lettre n°078/MME/PRMP/2012 du 09 octobre 2012 les observations suivantes:

- que le 10 juillet 2012, elle a transmis à la DNCMP le rapport d'évaluation des offres de l'appel d'offres international n°001/MME/PRMP/2012 ; qu'il en résulte que les trois lots ont été attribués au soumissionnaire ANGELIQUE International Limited tandis que les offres des soumissionnaires SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED et JAGUAR OVERSEAS ont été déclarées non conformes ;
- que la DNCMP a, par lettre n°1196/MEF/DNCMP/A du 13 juillet 2012, demandé à la personne responsable des marchés publics « d'écrire à la société SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED pour obtenir des compléments d'information, de faire reprendre le rapport et lui faire parvenir la version corrigée pour avis de non objection, ainsi que la copie de la lettre envoyée à la société SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED accompagnée des originaux des offres des soumissionnaires ANGELIQUE International Limited, OVERSEAS INTERNATIONAL ALLIANCE et SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED » ;
- que s'étant exécutée, elle a transmis le 14 août 2012 le deuxième rapport d'évaluation en prenant en compte les informations complémentaires produites par la société SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED ; qu'au terme de la reprise de l'évaluation, les trois lots sont encore attribués au soumissionnaire ANGELIQUE International Limited ;
- que par lettre n°1518/MEF/DNCMP/A datée du 22 août 2012, la DNCMP a suggéré à la personne responsable des marchés publics de faire « reprendre l'évaluation de la post qualification dudit soumissionnaire en considérant tous les projets précités » ;
- qu'au reçu de cette nouvelle orientation donnée par la DNCMP et pour marquer leur désaccord, trois membres de la sous-commission d'évaluation provenant de la Compagnie d'Énergie Électrique du Togo (CEET) et de l'Autorité de Régulation du Secteur de l'Électricité (ARSE) se sont purement et simplement retirés ;



- que devant une telle situation, la personne responsable des marchés publics a dû renforcer la sous-commission d'évaluation pour qu'elle puisse reprendre l'évaluation en prenant en considération les observations de la DNCMP ;
- que le 28 aout 2012, le troisième rapport d'évaluation a été transmis à la DNCMP avec mention du retrait de certains membres de la sous-commission d'évaluation suite à ses dernières observations qu'ils ne partagent pas ;
- que par lettre n°1702/MEF/DNCMP du 17 septembre 2012, la DNCMP a donné son avis de non objection pour l'attribution des trois marchés à la société SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED ;
- que sur le fond du recours exercé par les requérantes, la personne responsable des marchés publics argue que la sous-commission d'évaluation n'a fait que, dans le cadre des rapports successifs transmis à la DNCMP, se soumettre aux observations formulées par celle-ci qui est l'organe chargé du contrôle a priori.

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte d'une part, sur la nature des éclaircissements à demander au stade de la vérification a posteriori des qualifications des soumissionnaires et d'autre part, sur la nature des projets à prendre en compte dans la détermination des travaux similaires.

EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

➤ Sur les prix hors taxes requis dans le dossier d'appel d'offres

Considérant que la clause 36.4 des instructions aux soumissionnaires dispose que « lors de l'évaluation du montant des offres, l'Acheteur exclura et ne prendra pas en compte :

ii) dans le cas de fournitures fabriquées en dehors du pays de l'Acheteur, déjà importées ou à importer, des droits de douane et d'autres droits d'entrée, des taxes sur les ventes ou autres taxes du même type dues sur le montant des fournitures en cas d'attribution du marché au soumissionnaire » ;

[Signature manuscrite]

Considérant que la clause 16.1 du cahier des clauses administratives générales (CCAG) précise que « Pour les fournitures provenant du pays de l'acheteur et ou importés, le fournisseur sera entièrement exonéré des impôts, droits, patentes, etc...y compris la taxe fiscale dont le montant est égal à 1,5% de l'offre, à payer jusqu'au moment de la livraison à l'acheteur des fournitures faisant l'objet du marché » ;

Considérant qu'il résulte de la clause 16.2 du cahier des clauses administratives générales (CCAG) que « pour les fournitures provenant d'un pays autre que le pays de l'Acheteur, le fournisseur sera entièrement responsable de tous les impôts, droits de timbre, patente et taxes dus à l'extérieur du pays de l'acheteur » ;

Considérant qu'en vertu de la clause 16.4 du cahier des clauses administratives générales « le titulaire du marché est soumis au paiement de la taxe parafiscale de 1,5% du montant hors taxe du marché au titre de la régulation des marchés publics et délégations de service public, prévue par l'article 11 de la loi n° 2009-013 du 30 juin 2011 relative aux marchés publics et délégations de service public » ;

Considérant que conformément aux clauses ci-dessus citées, à l'exception de la taxe parafiscale à laquelle est soumis le titulaire du marché, les soumissionnaires sont exonérés de tous les droits, taxes et autres patentes applicables dans le pays de l'autorité contractante ;

Considérant que sur le modèle de bordereau de prix mis à la disposition des candidats pour présenter leurs propositions financières, il est formellement indiqué que les prix doivent être libellés en hors taxe ; que l'examen de l'offre financière de l'entreprise MOHAN ENERGY CORPORATION révèle qu'elle a effectivement proposé ses prix en hors taxes ;

Que le soumissionnaire MOHAN ENERGY CORPORATION ne saurait, à moins de vouloir se prévaloir de sa propre turpitude si réellement elle a intégré des droits, taxes et patentes auxquels elle n'est pas assujettie, soutenir que les droits et impôts seront déductibles de ses prix avant la comparaison des offres financières des soumissionnaires ;

Qu'au vu de ce qui précède, les moyens de la requérante MOHAN ENERGY CORPORATION ne sauraient prospérer ; qu'il y a lieu de la débouter de son action ;

[Signature]

➤ Sur la demande d'éclaircissements pour complément d'états financiers

Considérant qu'aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 56 du code des marchés publics et délégations de service public, la sous-commission d'analyse est désignée et mise en place par la personne responsable des marchés publics aux fins d'évaluation et de classement ;

Considérant que l'alinéa 4 de l'article 56 du même code dispose que « la personne responsable des marchés publics peut, sur proposition de la sous-commission d'analyse, demander aux soumissionnaires des éclaircissements sur leurs offres. Les éclaircissements demandés et fournis par écrit ne peuvent en aucune façon, avoir pour effet de modifier les éléments de l'offre en vue de la rendre plus conforme ou plus compétitive » ;

Qu'il est tout de même constant que par lettre n° 06/MME/PRMP/CPMP/2012 du 19 juillet 2012, la personne responsable des marchés publics du ministère des mines et de l'énergie a adressé une correspondance au soumissionnaire SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED pour lui réclamer la production des états financiers et attestations de bonne fin d'exécution manquants ;

Considérant que la personne responsable des marchés publics peut à tout moment, avant l'attribution, demander aux soumissionnaires des éclaircissements sans l'avis de la sous-commission d'analyse ; que c'est dans le souci d'éviter que cette dernière le fasse directement qu'il est prévu qu'elle adresse sa proposition à la PRMP ;

Considérant que la clause 31.2 des instructions aux soumissionnaires énonce que « si une offre est conforme pour l'essentiel, l'acheteur peut demander au soumissionnaire de présenter, dans un délai raisonnable, les informations ou la documentation nécessaires pour remédier à la non-conformité ou aux omissions non essentielles constatées dans l'offre en rapport avec la documentation demandée » ;

Considérant que la clause 4.3 des critères d'évaluation et de qualification requiert des soumissionnaires la production des états financiers certifiés des trois dernières années soit de 2009 à 2011 ;

Considérant que, lors de la première évaluation des offres, la sous-commission d'évaluation a constaté que l'offre de la société SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED ne comportait pas ses états financiers de 2010 et 2011 ; qu'en lieu et place, elle a fourni les états financiers d'un de ses fournisseurs désigné Transrail Light Limited ; qu'à l'issue de l'évaluation, l'offre de SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED a été déclarée non conforme ;

Considérant qu'au terme de l'examen du rapport d'évaluation des offres aux fins de sa validation par la direction nationale du contrôle des marchés publics, celle-ci a suggéré à la personne responsable des marchés publics du ministère des mines et de l'énergie de reprendre l'évaluation en prenant soin préalablement de réclamer au soumissionnaire SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED de lui fournir le complément de ses états financiers pour les années concernées ;

Considérant que s'il est vrai que la demande d'éclaircissements est prévue et organisée par les textes sus-visés, il n'en demeure pas moins que l'autorité contractante a toute latitude pour demander au soumissionnaire des éclaircissements sur sa qualification ;

Considérant qu'en l'espèce, faisant suite à la recommandation de la direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP), l'autorité contractante a reconsidéré son analyse pour réclamer au soumissionnaire SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED les états financiers manquants ;

Considérant qu'en application des textes combinés de l'alinéa 4 de l'article 56 du code des marchés publics et de la clause 31.2 des instructions aux soumissionnaires sus-cités, la demande de production des états financiers manquants permettra objectivement à l'autorité contractante de vérifier la qualification du soumissionnaire, sans violer le principe d'égalité de traitement des candidats; que c'est à bon droit que la DNCMP a suggéré à la personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante de demander au soumissionnaire SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED des éclaircissements sur les omissions constatées ;

➤ **Sur la capacité financière**

Considérant que la clause 38.2 des instructions aux soumissionnaires énonce qu' « aucun facteur qui n'est pas défini ci-dessous ne pourra être utilisé pour juger de la qualification du soumissionnaire.

Capacité financière : le soumissionnaire doit fournir la preuve écrite qu'il satisfait à l'exigence ci-après :

- avoir réalisé une moyenne de chiffres d'affaires des trois (3) dernières années (2009 à 2011) égale ou supérieure à la moitié de son offre financière » ;



Considérant que pour prouver sa capacité financière, le soumissionnaire SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED a fourni pour le compte des trois dernières années 2009, 2010 et 2011 des chiffres d'affaires respectifs de 8.663.150 USD, 25.673.609 USD et 17.282.461 USD ; que la moyenne annuelle de ces chiffres d'affaires est de 17.206.407 USD ;

Considérant que les offres financières présentées par le soumissionnaire SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED pour chacun des trois lots sont, après correction des offres, respectivement de 4.422.363,91 USD, 2.984.441,20 USD et 4.113.017,61 USD pour les lots n° 1, 2 et 3 ;

Considérant que dans ses rapports successifs d'évaluation, la sous-commission d'évaluation a pris en compte les offres financières lues publiquement alors que la moitié des offres financières est celle des prix des offres après correction des erreurs et application des rabais ; qu'ainsi, la moitié des prix des offres des lots n° 1, 2 et 3 se présentent comme suit : 2.211.181,95 USD, 1.492.220,5 USD et 2.056.508,5 USD ;

Qu'en comparant la moyenne des chiffres d'affaires des trois dernières années (2009 à 2011) soit 17.206.407 USD à la moitié des offres financières de SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED pour chacun des trois lots pour lesquels elle a soumissionné, il est incontestablement avéré que la moyenne de ses chiffres d'affaires les dépasse largement ; qu'il convient de dire que le soumissionnaire SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED satisfait entièrement aux critères d'évaluation des capacités financières ;

➤ **Sur les capacités techniques et expériences**

Considérant que l'article 47 du code des marchés publics et délégations de service public énonce que « les autorités contractantes doivent inviter les candidats et soumissionnaires à justifier de leurs capacités techniques, de leurs marchés passés » ;

Considérant que dans le cadre de l'appel d'offres sus-référencé, le ministère des mines et de l'énergie a, suivant la clause 4.4 de la section 3 relative aux critères d'évaluation et de qualification du dossier d'appel d'offres, exigé de tout soumissionnaire « de prouver, documentation à l'appui qu'il satisfait aux exigences ci-après :

- i) avoir réalisé au cours des cinq (5) dernières années (2007 à 2011), au moins deux (2) projets relatifs aux réseaux de transport et de distribution d'un montant supérieur ou égal à quinze millions de dollars des Etats-Unis (15.000.000 US\$) ;



- ii) avoir réalisé au cours des cinq (5) dernières années (2007 à 2011), au moins deux (2) projets relatifs aux réseaux de transport et de distribution d'un montant supérieur ou égal à dix millions de dollars des Etats-Unis (10.000.000 US\$) » ;

Considérant que la clause 4.5 des critères d'évaluation et de qualification requiert également de tout soumissionnaire de prouver, documentation à l'appui qu'il satisfait aux exigences d'expérience ci-après :

- i) avoir réalisé au cours des cinq (5) dernières années (2007 à 2011), au moins deux (2) projets relatifs aux réseaux de transport et de distribution d'un montant supérieur ou égal à quinze millions de dollars des Etats-Unis (15.000.000 US\$), en Afrique au sud du Sahara ;
- ii) la réalisation au cours des cinq (5) dernières années (2007 à 2011), au moins deux (2) projets quelconques d'un montant supérieur ou égal à cinq millions de dollars des Etats-Unis (5.000.000 US\$) au Togo serait un atout. » ;

Considérant que dans son offre, la société SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED a produit pour la période sus-indiquée la liste des projets exécutés et en cours d'exécution à laquelle elle a annexé quelques certificats d'achèvement ou attestations sanctionnant l'évolution des travaux ;

Considérant qu'à la suite de la reprise de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a, après avoir rejeté les références des travaux en cours d'exécution, conclu que le soumissionnaire SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED ne présente pas d'expérience en matière de travaux similaires tout en ajoutant que les montants des projets qu'elle a exécutés sont largement en dessous du seuil fixé par le dossier d'appel d'offres ;

Considérant que la DNCMP a recommandé à la personne responsable des marchés publics de reprendre une seconde fois l'évaluation des offres en tenant compte des projets en cours d'exécution ;

Considérant que la meilleure garantie pour exécuter des travaux envisagés est la preuve de travaux similaires antérieurement bien exécutés à la satisfaction de l'autorité contractante concernée ;



Considérant que les certificats ou attestations de bonne fin d'exécution sont exigés des candidats ou soumissionnaires pour apprécier leurs expériences à répondre au marché à souscrire et à exécuter les travaux envisagés ; que cette appréciation permet également à l'autorité contractante de vérifier la conformité des offres par rapport aux clauses du dossier d'appel d'offres ;

Considérant qu'au rang des projets pouvant attester ses capacités techniques et expériences, SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED a fourni un listing de projets exécutés ou en cours de réalisation ; que sur ce listing figure un marché d'un montant de 42.500.000 USD et un autre d'un montant de 20.000.000 USD conclus respectivement avec NIGER DELTA POWER HOLDING COMPANY OF NIGERIA LIMITED et NIGELEC ; qu'il y est également mentionné que les travaux devant être effectués dans le cadre de ces marchés sont censés s'achever courant mois de mai 2011 pour le premier et novembre 2010 pour le second ;

❖ Sur le projet du marché conclu avec NIGER DELTA POWER HOLDING COMPANY OF NIGERIA LIMITED

Considérant que pour le projet de 42.500.000 USD, le soumissionnaire SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED a fourni, outre la copie du contrat y relatif, une attestation datée du 24 janvier 2011 délivrée par l'autorité contractante et précisant que le titulaire du marché exécute les travaux de manière satisfaisante ;

Considérant que par lettre n°1518/MEF/DNCMP/A du 22 août 2012, la DNCMP a instruit la personne responsable des marchés publics de faire considérer l'ensemble des projets figurant sur la « liste des projets exécutés ou en cours d'exécution » du soumissionnaire SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED ;

Considérant qu'un examen des clauses et mentions de la copie du contrat produit fait apparaître que le montant du marché est en réalité de 40.700.000 USD au lieu de 42.500.000 USD comme le soumissionnaire SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED l'a mentionné sur son listing ;

Que de plus, l'attestation fournie à l'appui de ce contrat ne comporte aucune précision sur le taux de progression ou d'avancement des travaux ; que le montant de 40.700.000 USD, prix du marché, ne représente nullement un montant correspondant à un taux d'exécution de 80% ;

Handwritten signature and initials

Considérant que les travaux en cours de réalisation ne sauraient être assimilés à ceux déjà réalisés qu'à condition que le dossier d'appel d'offres l'ait prévu ; qu'en l'espèce, il n'existe dans le DAO aucune clause permettant de faire cette assimilation ; qu'il s'ensuit que la sous-commission d'évaluation a fait une exploitation erronée de ladite attestation qui n'établit pas que les travaux ont été exécutés à l'entière satisfaction de l'autorité contractante ;

Qu'en conséquence une telle attestation d'avancement doit logiquement être purement et simplement écartée car, elle ne saurait justifier les expériences requises du soumissionnaire dans le dossier d'appel d'offres ;

❖ Sur le marché conclu avec NIGELEC

Considérant que pour le marché de 20.000.000 USD conclu avec NIGELEC, SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED n'a joint aucun certificat ou attestation de réception provisoire ou définitive prouvant qu'elle a exécuté ledit marché à la satisfaction de l'autorité contractante ;

Qu'une déclaration du titulaire de marchés antérieurs ne saurait constituer la preuve de la bonne exécution desdits marchés ; que les travaux étant exécutés dans un cadre contractuel, seul le bénéficiaire est assez indiqué pour justifier de leur bonne exécution ;

Considérant par ailleurs, qu'en tenant compte des dates prévisionnelles d'achèvement des travaux sus-visés par rapport à celle du dépôt des offres dans le cadre du présent appel d'offres, il serait inconcevable que le soumissionnaire SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED ne fournisse pas d'attestations de bonne fin d'exécution pour faire valoir ses droits ; que l'impossibilité de produire de telles attestations ou certificats d'achèvement, en dépit de la demande d'éclaircissements de l'autorité contractante, laissent présumer que les travaux ne sont toujours pas encore achevés ;

Que l'autorité contractante ne saurait, sans méconnaître le principe d'égalité de traitement des candidats, admettre des certificats ou attestations de projets dits en cours d'exécution alors que les clauses du dossier d'appel d'offres ont exigé des soumissionnaires la justification « d'avoir réalisé » des travaux bien spécifiés ;

❖ Sur la prise en compte des attestations délivrées aux noms d'autres entités

Considérant que sur le document établi par le ministère indien des sociétés commerciales produit dans son offre par SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED, il y est mentionné que la société SEIL POWERGEARS enregistrée le 24 juin 1985 est transformée à compter du 14 décembre 2006 en société SKIPPER ELECTRICALS LIMITED ;

Considérant que suivant le profil de ladite société produit dans son offre, il ressort que la société SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED ayant son siège en Inde, dispose de filiales aux Emirats Arabe Uni, au Nigéria et au Ghana sous la raison sociale de SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED;

Que l'examen des offres techniques du soumissionnaire SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED révèle que la plupart des certificats de bon achèvement qu'elle a fournis sont délivrés soit au nom des groupements auxquels elle a appartenu ou encore au nom d'autres entités distinctes d'elle et de ses filiales ;

Que pour justifier la production desdits certificats ou attestations au nom d'autres structures, SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED a par lettre en date du 25 juillet 2012, en réponse à la demande d'éclaircissements, signifié à l'autorité contractante que les sociétés GTA Engineering Nigéria Limited, GTA Engineering FZE, UAE, SUNBETTI Nigeria Limited et SUNBETTI SA FZE, UAE sont des filiales du groupe SKIPPER ENERGY ;

Considérant que c'est en prenant en compte la recommandation formulée par la DNCMP que la sous-commission d'évaluation a intégré tous les travaux que SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED a listés pour la faire qualifier ;

Considérant dès lors que c'est la société SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED qui a soumissionné à l'appel d'offres dont s'agit, seules les attestations délivrées en son nom exclusif ou de ses filiales ou encore en celui des groupements auxquels il aurait appartenu seront prises en considération ; qu'une lettre de ce soumissionnaire rédigée postérieurement ne saurait établir l'existence des groupements ;



Considérant que par lettre n° 1702/MEF/DNCMP/A du 17 septembre 2012, la DNCMP a accordé son avis de non objection pour l'attribution provisoire des trois (3) lots à SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED ; que par la même occasion, elle a suggéré à la personne responsable des marchés publics de « continuer la vérification de la qualification de l'attributaire provisoire en exigeant de lui tous les documents que vous jugerez utiles pour garantir la bonne exécution du présent marché » ;

Que cette démarche est contraire au processus d'évaluation des offres selon lequel le marché est attribué au soumissionnaire reconnu conforme pour l'essentiel, moins-disant et qualifié ; qu'il n'est pas judicieux que l'organe de contrôle valide l'attribution des marchés tout en proposant que la vérification de la qualification de l'attributaire des marchés se poursuive ; que ce faisant, le risque de porter atteinte aux principes de la commande publique à savoir la transparence des procédures et l'égalité de traitement des candidats devient considérable ;

Considérant que c'est à juste titre qu'au cours de la première reprise de l'évaluation des offres, la sous-commission d'évaluation a cru devoir écarter les projets en cours d'exécution ou ceux non justifiés par des attestations de bonne fin d'exécution estimant qu'ils ne sauraient entrer en ligne de compte dans l'appréciation des expériences de la société SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED dans des travaux similaires ;

Qu'en conséquence de l'analyse qui précède, SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED n'est pas qualifiée pour être attributaire des trois lots de l'appel d'offres sus-visé ; que c'est à tort que l'autorité contractante a déclaré SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED qualifiée et lui a attribué les marchés de l'appel d'offres dont s'agit ;

DECIDE :

- 1) Déclare le recours de l'entreprise MOHAN ENERGY CORPORATION non fondé ;
- 2) La déboute de ses demandes ;
- 3) En revanche, déclare le recours de l'entreprise ANGELIQUE INTERNATIONAL fondé ;
- 4) Dit que la société SKIPPER ELECTRICALS (INDIA) LIMITED est disqualifiée pour être attributaire des trois lots de l'appel d'offres ;

Handwritten signature in blue ink.

- 5) Ordonne l'annulation de l'attribution provisoire des marchés de l'appel d'offres sus-référencé ;
- 6) Ordonne également la reprise de l'évaluation des offres ;
- 7) Dit que la présente décision est immédiatement exécutoire nonobstant toutes voies de recours ;
- 8) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier aux entreprises ANGELIQUE International Limited et MOHAN ENERGY CORPORATION, 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 PAR INTERIM


Kuami Gaméli LODONOU

LES MEMBRES


Alexis Coffi AQUEREBURU


Abeyeta DJENDA

Le Directeur Général de l'ARMP
Rapporteur


Théophile Kossi René KAPOU