

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail-Liberté-Patrie



Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

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

**DECISION N° 045-2017/ARMP/CRD DU 06 JUILLET 2017
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE ESCOT
TELECOM TOGO CONTESTANT LES RESULTATS PROVISOIRES
DE L'APPEL D'OFFRES INTERNTIONAL N° 010/TGC/DG/PRMP DU
06 JANVIER 2017 DE LA SOCIETE TOGO CELLULAIRE RELATIF A LA
FOURNITURE ET A L'INSTALLATION DES PYLÔNES ET MÂTS**

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 ESCOT/DG/PB/ARMP/09/06/17 datée du 09 juin 2017 de la société ESCOT TELECOM TOGO et enregistrée le même jour au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 1608 ;

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

En présence de Madame Ayélé DATTI, Président, de Messieurs Konaté APITA et Kuami Gaméli LODONOU, membres dudit Comité ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Adopte la présente décision portant sur le bien-fondé du recours ;

Par lettre n° 1790/ARMP/DG/DRAJ du 13 juin 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° 040-2017/ARMP/CRD du 16 juin 2017, le Comité de règlement des différends de l'ARMP a reçu le recours de la société ESCOT TELECOM TOGO et ordonné la suspension de l'appel d'offres sus-indiqué jusqu'au prononcé de la décision au fond.

Par lettre n° 438/TGC/DG/PRMP du 20 juin 2017 reçue le 22 juin 2017 au secrétariat du CRD et enregistrée sous le numéro 1678, la Personne responsable des marchés publics de la société Togo Cellulaire a fait parvenir à l'ARMP la documentation ainsi réclamée.

LES FAITS

La société Togo Cellulaire a lancé le 06 janvier 2017, l'appel d'offres international n° 010/TGC/DG/PRMP relatif à la fourniture et installation des pylônes et mâts.

Les fournitures et prestations sollicitées sont réparties en deux (02) lots composés comme suit :

- lot n° 1 : fourniture et installation de pylônes autostables de 32 m et 50 m et des mâts treillis de 06 m et de 12 m ;
- lot n° 2 : fourniture et installation de pylônes autostables de 60 m et 70 m.

Aux date et heure limites de dépôt des offres fixée au 15 février 2017 à 09 heures 30 minutes, la commission de passation des marchés publics de la société Togo Cellulaire a reçu et ouvert les offres de neuf (09) soumissionnaires dont celles des sociétés ESCOT TELECOM TOGO et SAGEMCOM.



2

A l'issue de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a déclaré la société SAGEMCOM attributaire provisoire des deux (02) lots pour les montants ci-après :

- un milliard trois cent quatre millions trente-sept mille huit cent trente-huit (1 304 037 838) F CFA toutes taxes comprises (lot n° 1) ;
- un milliard sept cent quatre-vingt-neuf millions deux cent vingt mille trois cent quatre-vingt-treize (1 789 220 393) F CFA toutes taxes comprises (lot n° 2).

Après l'avis de non objection de la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) donné par lettre n° 1358/MEF/DNCMP/DSMP&DAJ du 09 mai 2017, la Personne responsable des marchés publics de Togo Cellulaire a fait publier les résultats provisoires dans le quotidien national Togo Presse du 19 mai 2017.

Après avoir pris connaissance desdits résultats et non satisfaite, la société ESCOT TELECOM TOGO a, par requête datée du 09 juin 2017 et enregistrée le même jour sous le numéro n° 1608, saisi le Comité de règlement des différends pour contester les résultats provisoires de l'appel d'offres sus-indiqué.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

La société ESCOT Télécom conteste les résultats provisoires et soutient à l'appui de son recours :

- que certains des soumissionnaires à l'appel d'offres ont fait parvenir leurs offres à l'autorité contractante après l'heure limite de dépôt des offres, ce qui constitue une violation de la réglementation en vigueur sur les marchés publics ;
- qu'en outre, l'autorité contractante ne lui a pas notifié les résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné alors que suivant les dispositions du code des marchés publics cette obligation lui incombe ;
- qu'elle est surprise de constater que la sous-commission d'analyse a rejeté son offre au motif qu'elle ne satisfait pas à l'exigence de chiffre d'affaires ;
- qu'en effet, même si la moyenne de ses chiffres d'affaires des trois dernières années ne fait pas la moitié du montant de son offre financière tel que l'exige le DAO, l'autorité contractante aurait dû considérer, en lieu et place, l'attestation de capacité financière produite dans son offre qui, elle, couvre à 100 % le montant de son offre et non 50 % tel que requis par le DAO ;



- qu'en refusant de considérer ladite attestation, elle a ainsi violé les dispositions de l'article 23 de la directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 qui dispose que si, pour une raison justifiée, le soumissionnaire n'est pas en mesure de produire les références demandées par l'autorité contractante, il est autorisé à prouver sa capacité financière par tout autre document considéré comme approprié par l'autorité contractante ;
- qu'elle ne comprend pas pourquoi l'autorité contractante a refusé d'appliquer la marge de préférence prévue par les dispositions de l'article 62 de la directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 au profit des entreprises communautaires participant à l'appel d'offres ;
- qu'enfin, les résultats de l'évaluation des offres tels que parus dans le quotidien national Togo-Pressé du 19 mai 2017 ne reflètent aucunement le contenu de son offre puisqu'ils ne prennent pas en compte le rabais conditionnel de 6 % qu'elle a proposé au cas où elle était attributaire des deux lots de l'appel d'offres ;
- 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, aucune offre n'a été reçue en retard lors du dépôt des offres ;
- que l'examen du registre de dépôt des offres dont elle a joint copie de l'extrait, permet de constater que la dernière entreprise soumissionnaire, en l'occurrence ZIL TELECOM, a effectué le dépôt de son offre le 15 février 2017 à 09 heures 08 minutes alors que l'heure limite de dépôt fixée, après prorogation, est 09 heures 30 minutes ;
- qu'elle relève que la requérante était représentée à la séance d'ouverture des plis par son Directeur général qui a lui-même signé le procès-verbal d'ouverture sans formuler la moindre observation ou réserve ;
- qu'elle est surprise de constater que les résultats provisoires de l'évaluation des offres n'ont pas été notifiés à la société ESCOT TELECOM TOGO alors qu'elle a bien été invitée par son secrétariat pour venir retirer lesdits résultats ;



- que s'agissant du rabais conditionnel proposé par la requérante, il est bien normal qu'il ne soit pas pris en compte dans le tableau de l'évaluation des offres d'autant plus que la société ESCOT TELECOM TOGO n'est attributaire d'aucun lot ;
- que de même, le DAO ayant clairement indiqué à la clause 34.1 des DPAO qu'aucune marge de préférence ne sera accordée, la sous-commission d'analyse ne pouvait pas appliquer une telle marge au profit de l'offre de la requérante au risque de violer les dispositions du DAO ;
- qu'au titre des critères de qualification, il est requis dans le DAO que chaque candidat doit avoir réalisé un chiffre d'affaires moyen sur les trois (3) dernières années égal ou supérieur à la moitié du montant de son offre financière ;
- qu'en réponse à cette exigence, la société ESCOT TELECOM TOGO a listé dans son offre les chiffres d'affaires des huit (8) dernières années d'exercice dont la moyenne des trois (03) derniers ne fait malheureusement pas la moitié du montant de son offre, ce qui a conduit la sous-commission d'analyse à la disqualifier de l'attribution du marché ;
- qu'au regard de ce qui précède, elle demande au Comité de bien vouloir déclarer non fondé le recours de la société ESCOT TELECOM TOGO et d'ordonner la mainlevée de la mesure de suspension prononcée par décision n° 040-2017/ARMP/CRD du 16 juin 2017.

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur la régularité du processus d'évaluation des offres soumises dans le cadre de l'appel d'offres international sus-référencé.

EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

➤ Sur la réception des plis hors délais

Considérant que dans sa requête, la société ESCOT TELECOM TOGO fait observer qu'après les date et heure limites de dépôt des offres, certains soumissionnaires à l'appel d'offres ont fait parvenir leurs offres à l'autorité contractante en violation de la réglementation en vigueur sur les marchés publics ;



Qu'en réponse à ce grief, l'autorité contractante a versé au dossier plusieurs pièces dont copie de l'extrait du registre du dépôt des offres ;

Considérant que l'examen de l'extrait du registre produit a permis de constater que l'offre du dernier des soumissionnaires, en l'occurrence la société ZIL TELECOM, a été reçue le 15 février 2017 à 09 heures 08 minutes bien avant l'heure limite de dépôt des offres fixée à 09 heures 30 minutes ;

Considérant que de plus, l'examen du procès-verbal d'ouverture des plis révèle que la requérante s'est faite représenter à ladite séance par son Directeur général, qui a émargé sur la liste de présence sans daigner faire consigner un quelconque incident lié à la réception tardive des offres de certains de ses concurrents ;

Qu'il en résulte que contrairement à l'argumentaire de la requérante et en l'absence de preuve contraire, tous les soumissionnaires y compris l'attributaire provisoire des deux (02) lots de l'appel d'offres ont fait le dépôt de leurs offres dans les délais requis par le DAO ; qu'il convient de dire que le moyen fondé sur ce grief ne saurait prospérer ;

➤ **Sur la notification des résultats provisoires à la requérante**

Considérant que la société ESCOT TELECOM TOGO reproche à l'autorité contractante de ne lui avoir pas notifié les résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné malgré l'obligation mise à sa charge par les dispositions du code des marchés publics ;

Considérant que suivant les dispositions de l'article 62 du code des marchés publics, l'autorité contractante a l'obligation de 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 ;

Considérant que l'examen des pièces versées au dossier a permis de constater que les résultats provisoires de l'évaluation des offres publiés dans le quotidien national Togo Presse à partir du 19 mai 2017 n'ont été notifiés à la requérante que le 12 juin 2017 ;

Considérant qu'en vertu de l'obligation ci-dessus rappelée, l'autorité contractante a tout intérêt à assurer avec diligence la notification des résultats de l'évaluation des offres au même moment qu'elle les faisait publier ou mieux

 

encore, dès qu'ils sont disponibles ; que la notification tardive constitue sans aucun doute une cause endogène d'alourdissement de la procédure de passation concernée et par conséquent de la non satisfaction des besoins ;

Considérant toutefois que l'instruction du dossier révèle qu'en dépit de la notification tardive des résultats de l'évaluation des offres, la requérante a pu prendre connaissance desdits résultats dans le quotidien national Togo-presse à la date sus-indiquée ;

Que dès lors que la requérante a pu exercer son recours dans un délai qui lui est resté ouvert, il convient de dire que le défaut de notification desdits résultats avant son recours ne lui a causé aucun préjudice et n'a donc eu aucun impact sur la régularité du processus d'évaluation des offres ; que ce grief ne saurait non plus prospérer ;

➤ **Sur la capacité financière de la requérante**

Considérant que suivant la clause IC 5.4 des Données particulières de l'appel d'offres, pour être qualifié pour l'attribution du marché, il est requis des candidats, entre autres, d'avoir réalisé un chiffre d'affaires moyen sur les trois (03) dernières années (2013-2014 et 2015) égal ou supérieur à la moitié de l'offre ;

Considérant qu'en réponse à cette exigence, la société ESCOT TELECOM TOGO a produit dans son offre les chiffres d'affaires des années 2008 à 2015 ;

Qu'après examen de ces chiffres d'affaires, la sous-commission d'analyse a constaté que la moyenne de ceux correspondant aux trois dernières années, est inférieure à la moitié du montant de chacune de ses offres qui sont de 1 435 335 203 F CFA TTC pour le lot n° 1 et 1 745 762 592 F CFA TTC pour le lot n° 2 et a donc disqualifié la requérante de l'attribution du marché pour n'avoir pas satisfait à l'exigence de chiffre d'affaires ;

Considérant que la société ESCOT TELECOM TOGO conteste ce motif de rejet de son offre en objectant que même si la moyenne des chiffres d'affaires produits ne fait pas la moitié du montant de ses offres financières, l'autorité contractante aurait dû considérer l'attestation de capacité financière que lui a délivré sa banque et qui couvre 100% le montant de son offre ;

Qu'à l'appui de ce grief, la requérante évoque les dispositions de l'article 23 de la directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 qui dispose que si, pour une raison justifiée, le soumissionnaire n'est pas en mesure de produire



les références demandées par l'autorité contractante, il est autorisé à prouver sa capacité financière par tout autre document considéré comme approprié par l'autorité contractante ;

Considérant qu'il est de jurisprudence constante du CRD que les dispositions de l'article précité et transposé à travers l'article 48 du code des marchés publics du Togo ne s'appliquent que dans des conditions où le soumissionnaire concerné se trouve être dans l'impossibilité de produire les chiffres d'affaires correspondant aux années requises, généralement en raison de son jeune ;

Considérant cependant que l'examen des pièces constitutives de la société ESCOT TELECOM TOGO, en l'occurrence la carte d'opérateur économique, fait ressortir qu'elle a débuté ses activités le 1^{er} janvier 2007 ; qu'à partir de cette date jusqu'à la date de soumission de l'appel d'offres, la société ESCOT TELECOM TOGO a exercé pendant plus de dix (10) ans, période qui couvre largement celle requise par le DAO ;

Que pour preuve, elle a produit dans son offre les chiffres d'affaires de plusieurs années d'exercice dont la moyenne de ceux des trois dernières années s'est malheureusement révélée insuffisante au regard des exigences du DAO ;

Qu'il en découle que la requérante n'a véritablement pas de motif valide pour justifier le bénéfice de l'application des dispositions précitées d'autant plus que le motif de sa disqualification n'est pas fondé sur son impossibilité à produire les chiffres d'affaires exigés mais plutôt sur le faible volume des activités qu'elle a menées au cours de la période requise par le dossier d'appel d'offres ;

Considérant par ailleurs que la requérante reproche à l'autorité contractante de n'avoir pas pris en compte l'attestation de capacité financière que lui a délivrée sa banque et qui couvre 100% du montant de ses offres ;

Considérant que les chiffres d'affaires et l'attestation de capacité financière sont deux critères bien distincts exigés au titre des capacités financières et qui doivent être satisfaits par les soumissionnaires ;

Que même si le montant indiqué dans l'attestation de capacité financière couvre 100% le montant des offres de la requérante, ce document n'est pas exigé pour suppléer l'insuffisance du montant requis au titre des chiffres d'affaires ; qu'il aurait fallu que le soumissionnaire produisit un autre document



conformément aux dispositions de l'article 48 du code des marchés publics mais encore faut-il qu'elle prouve qu'elle est dans l'impossibilité de fournir le chiffre d'affaires des années concernées ;

Que c'est à juste titre que la sous-commission d'analyse a refusé de considérer l'attestation de capacité financière produite à titre de document substitutif de la moyenne de chiffre d'affaires requise par le DAO ; que le moyen fondé sur ce grief ne saurait donc prospérer ;

➤ **Sur la non application de la marge de préférence communautaire**

Considérant que la requérante reproche à l'autorité contractante de n'avoir pas inséré dans le DAO la clause relative à la marge de préférence communautaire qui est pourtant prévue par l'article 62 de la directive sus-indiquée ;

Considérant qu'aux termes des articles 62 de la directive sus-visée et 59 du code des marchés publics, lors de la passation d'un marché public ou d'une délégation de service public, une préférence doit être accordée à l'offre présentée par une entreprise communautaire ;

Considérant s'il est vrai que ces dispositions prévoient l'application d'une marge de préférence au bénéfice des entreprises communautaires, il n'en demeure pas moins que les mêmes articles disposent que ladite préférence doit être prévue au dossier d'appel d'offres ;

Qu'il en résulte qu'à défaut d'avoir prévu une telle possibilité dans le cadre d'un appel d'offres, aucune marge de préférence ne peut être appliquée aux offres des entreprises communautaires participant à cet appel d'offres ;

Considérant qu'en l'espèce, l'examen du DAO fait ressortir qu'à la clause IC 34.1 des Données particulières de l'appel d'offres, il est clairement indiqué qu'aucune marge de préférence n'est accordée ;

Que la requérante qui a participé à une procédure de passation tout en sachant qu'aucune marge de préférence ne sera accordée ne peut, tenter de se prévaloir de sa propre turpitude pour soulever sa non insertion dans le dossier d'appel d'offres ;

Qu'en l'absence de toute disposition expresse du DAO prévoyant l'application d'une marge de préférence au profit des entreprises communautaires, il convient de dire que c'est à tort que la requérante évoque ce motif ;

 

➤ **Sur la non application du rabais conditionnel**

Considérant que la requérante reproche à l'autorité contractante de n'avoir pas pris en compte le rabais conditionnel de 6% qu'elle a proposé au cas où elle est déclarée attributaire des deux lots de l'appel d'offres ;

Considérant qu'il est de règle que l'attribution d'un marché se fait à l'offre évaluée conforme, moins disante et dont le soumissionnaire satisfait aux critères de qualification ;

Considérant que l'application des critères sus-énumérés étant cumulative et non alternative, la non satisfaction par un soumissionnaire à l'un de ces critères entraîne automatiquement sa disqualification de l'attribution du marché sans que la sous-commission d'analyse ait besoin d'examiner les autres aspects de son offre ;

Considérant que s'agissant particulièrement des rabais conditionnels, leur prise en compte intervient après toutes les opérations d'évaluation et le classement des offres afin de déterminer le soumissionnaire qui présente la combinaison d'offres la plus avantageuse pour l'autorité contractante ;

Qu'en l'espèce, dès lors que la requérante ne satisfait pas aux exigences de qualification requises pour l'exécution du marché, la sous-commission d'analyse est en droit de la disqualifier de l'attribution du marché sans qu'il soit besoin de prendre en compte le rabais conditionnel proposé ;

Qu'ainsi, c'est à tort que la requérante reproche à l'autorité contractante de n'avoir pas pris en compte le rabais conditionnel qu'elle a proposé ;

Qu'au regard de tout ce qui précède, il convient de dire que c'est à bon droit que la sous-commission d'analyse a disqualifié la requérante de l'attribution du marché.

DECIDE :

- 1) Déclare le recours de la société ESCOT TELECOM TOGO non fondé ;
- 2) La déboute de tous ses moyens et prétentions ;
- 3) Ordonne en conséquence la mainlevée de la mesure de suspension prononcée par décision n° 040-2017/ARMP/CRD du 16 juin 2017.



- 4) Dit que la présente décision est immédiatement exécutoire nonobstant toutes autres voies de recours ;
- 5) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la société ESCOT TELECOM TOGO, à la société Togo Cellulaire, 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



Abeyéta DJENDA



Kuami Gaméli LODONOU