REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail-Liberté-Patrie

Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

DECISION N° 059-2015/ARMP/CRD DU 14 AOÛT 2015 DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DE L'ENTREPRISE BESTT CONTESTANT LES RESULTATS PROVISOIRES DE L'APPEL D'OFFRES OUVERT N° 001/MS/CAB/PAGRHSM DU 03 FEVRIER 2015 DU MINISTERE DE LA SANTE ET DE LA PROTECTION SOCIALE RELATIF AUX TRAVAUX DE REHABILITATION DES PHARMACIES REGIONALES D'APPROVISIONEMENT (PRA) CAMEG-TOGO DE TSEVIE, SOKODE, DAPAONG ET KPALIME ET DES ECOLES NATIONALES DE FORMATION PARAMEDICALE DE KARA, LOME ET SOKODE (LOTS N° 1, N° 2, N° 3, & N° 4)

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 de l'entreprise Bonne Exécution Suivant la Technologie des Travaux (BESTT) datée du 10 juillet 2015 et enregistrée le même jour au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 1558 ;

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, Abeyeta DJENDA 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 décision n° 042-2015/ARMP/CRD du 15 juillet 2015, le Comité de règlement des différends de l'ARMP a reçu le recours de l'entreprise BESTT et a ordonné la suspension de la procédure de passation de l'appel d'offres sus-indiqué jusqu'au prononcé de la décision au fond.

Par lettre référencée n° 1492/ARMP/DG/DRAJ datée du 20 juillet 2015, 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° 212/2015/MSPS/CAB/PRMP daté du 22 juillet 2015, reçu le même jour au secrétariat du CRD et enregistré sous le numéro 1687, le ministère de la santé et de la protection sociale a fait parvenir à l'ARMP la documentation ainsi réclamée.

LES FAITS

Le ministère de la santé et de la protection sociale a lancé le 03 février 2015, dans le cadre du Projet d'Appui à la Gestion des Ressources Humaines en Santé et du Médicament (PAGRHSM) financé par l'Agence Française de Développement (AFD), l'appel d'offres n° 001/2015/MS/CAB/PRMP/PAGRHSM relatif aux travaux de réhabilitation des pharmacies régionales d'approvisionnement CAMEG-TOGO de Tsévié, Sokodé, Dapaong et Kpalimé et des écoles nationales de formation paramédicale de Kara, Lomé et Sokodé.

Les travaux objet dudit appel d'offres sont répartis en quatre (04) lots composés comme suit :

- lot n° 1 : travaux de réhabilitation des Pharmacies Régionales d'Approvisionnement (PRA) CAMEG-TOGO de Dapaong et Sokodé ;
- lot n° 2 : travaux de réhabilitation et de construction de l'Ecole de formation (ENAS) de Sokodé et des écoles de formation (ENAM et ENSF) de Kara
- lot n° 3 : travaux de réhabilitation des Pharmacies Régionales d'Approvisionnement (PRA) CAMEG-TOGO de Tsévié et de Kpalimé ;
- lot n° 4 : travaux de réhabilitation de l'Ecole de formation (ENSF) de Lomé.

A la date limite de dépôt des offres fixée au 03 mars 2015, la commission de passation des marchés publics du ministère de la santé et de la protection sociale a reçu et ouvert les offres présentées par dix-neuf (19) soumissionnaires dont celles des entreprises ECNC, ECOBA-K, IBM SA, BESTT et celui du groupement SCDR/AJVDC Sarl.

Après l'évaluation des offres, la commission d'analyse des offres du ministère de la santé a déclaré attributaires provisoires des différents lots les soumissionnaires ci-après :

- SCDR/AJVDC Sarl : pour un montant hors taxes de quatre-vingt-douze millions quatre-vingt-trois mille deux cent quatre-vingt-dix-huit (92 083 298) francs CFA (lot n° 1) ;

- ECNC : pour un montant hors taxes de deux cent quatre-vingt-huit-millions cent quatre-vingt-dix-huit mille sept cent dix-sept (288 198 717) francs CFA (lot n° 2) ;

- ECOBA-K : pour un montant hors taxes de cent douze millions quinze mille neuf cent trente-deux (112 015 932) francs CFA (lot n° 3) ;

- IBMA SA : pour un montant hors taxes de soixante-sept millions cinq cent soixante-dix-neuf mille sept cent quatre-vingts (67 579 780) francs CFA (lot n° 4).

Après les avis de non objection de la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) et de l'Agence Française de Développement (AFD) donné respectivement par lettres n° 1651/MEF/DNCMP/DAJ du 23 juin 2015 et n° 2015/MM/D-582 du 07 juillet 2015 sur le rapport d'évaluation des offres, la personne responsable des marchés publics du ministère de la santé et de la protection sociale a, par lettre n° 0586/2015/CAB/PRMP/CPMP/PAGRHSM datée du 08 juillet 2015 reçue le 09 juillet 2015, informé l'entreprise BESTT des résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné et corrélativement du rejet de ses offres.

Non satisfaite, l'entreprise BESTT a, par lettre datée du 10 juillet 2015, saisi le Comité de règlement des différends pour contester les résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

L'entreprise BESTT conteste les résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné et soutient à l'appui de son recours :

- qu'au lot n° 1, la commission d'analyse a jugé son offre non conforme et a arrêté l'évaluation de son offre au motif que le bordereau des prix unitaires de PRA Dapaong est incomplet alors même qu'elle aurait pu considérer les prix unitaires des postes les plus élevés de son offre pour continuer l'évaluation ;
- qu'au lot n° 2, son offre est déclarée non conforme au motif que les deux marchés considérés au titre d'expérience spécifique de construction ont un montant hors taxes inférieur au montant de son offre ;
- qu'au vu des montants des marchés qu'elle a fournis au titre d'expérience spécifique, elle estime que quel que soit le montant du marché considéré par la commission pour faire la somme, celle-ci devrait dépasser le montant de son offre après correction qui est de 186 949 672 F CFA ;
- que s'agissant des lots n° 3 et n° 4, la commission d'analyse a de nouveau jugé ses offres non conformes au motif qu'elle a fourni une seule attestation de bonne fin des travaux similaires datant de 2009 alors même qu'elle a mis dans ses offres le procès-verbal de réception définitive de PAJDH en date du 13 mai 2014 et celui de construction de logements de fonction dans les USP des régions du Togo en date du 09 octobre 2014, la commission a préféré le procès-verbal de Guérin- Kouka et de Kara de 2009 ;
- que nulle part dans le dossier d'appel d'offres il n'est spécifié de fournir uniquement des attestations de bonne fin d'exécution ;
- qu'au regard de ce qui précède, elle prie le Comité de règlement des différends de bien vouloir la rétablir dans ses droits.

LES MOTIFS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

Dans son mémoire en réponse au recours introduit par le soumissionnaire BESTT, l'autorité contractante soutient :

- qu'au lot n° 1, la requérante a présenté dans son offre deux fois le bordereau des prix unitaires de la pharmacie régionale d'approvisionnement (PRA) de Sokodé en ignorant celui approprié au PRA de Dapaong ;

- qu'étant donné que les travaux sur les deux sites sont des travaux de réhabilitation et donc non identiques, elle ne saurait appliquer les prix de PRA de Sokodé à celui de Dapaong ;
- que pour ce faire, elle a jugé l'offre de l'entreprise BESTT non exhaustive pour ce lot ;
- que s'agissant du lot n° 2, et contrairement aux allégations de la requérante, elle rappelle qu'il ne s'agissait pas de faire la somme des deux marchés similaires mais plutôt la moyenne ;
- que parmi les trois marchés cités par la requérante, quelle que soit la combinaison faite, la moyenne ne pourra atteindre la valeur minimale égale au montant de son offre tel qu'exigé par la clause 3.2 a) de l'annexe A des DPAO relatif aux critères de qualification ;
- que pour preuve les deux marchés considérés similaires par la commission d'évaluation ont un montant hors taxes inférieur à 195 000 000 et leur moyenne est inférieure au montant de son offre d'où le rejet de son offre à ce lot ;
- qu'aux lots n° 3 et n° 4, les critères de qualification pour l'expérience spécifique de construction retenus dans l'analyse de tous les offres étaient la fourniture de deux attestations de bonne fin d'exécution ou de procès-verbaux de réception définitive ;
- que contrairement aux allégations de la requérante c'est sur la base de l'ensemble des procès-verbaux qu'elle a fournis que son offre a été rejetée pour les deux lots ;
- qu'après analyse de tous ces procès-verbaux, la commission d'évaluation n'a considéré que l'unique procès-verbal de réception définitive relative à la construction et à la réhabilitation des infrastructures judiciaires et pénitentiaires du tribunal de première instance d'Aného et a déclaré l'offre de la requérante non conforme.

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur l'exhaustivité et la conformité des offres du soumissionnaire BESTT et sur la qualification dudit soumissionnaire.

EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

- **Sur la conformité du bordereau des prix unitaires du lot n° 1**

Considérant qu'à l'issue de l'évaluation des offres, la commission d'évaluation a relevé que le bordereau des prix unitaires du soumissionnaire BESTT concernant les travaux de réhabilitation de la pharmacie régionale d'approvisionnement de Dapaong est incomplet et a donc jugé son offre non-exhaustive pour le lot n° 1 ;

Considérant que le requérant ne conteste pas cette carence de son offre mais soutient que la commission d'évaluation aurait dû lui appliquer les prix unitaires les plus élevés du bordereau des prix unitaires relatif à la réhabilitation de la pharmacie régionale d'approvisionnement de Sokodé d'autant plus que les deux bordereaux concernent le même lot ;

Considérant que dans le dossier d'appel d'offres l'autorité contractante a mis à la disposition des candidats des cadres de bordereau des prix unitaires propres à chaque ouvrage ; que pour le lot n° 1, il y est prévu la réalisation de deux ouvrages à savoir la réhabilitation de la pharmacie régionale d'approvisionnement de Dapaong et celle de Sokodé pour lesquels le soumissionnaire BESTT a effectivement fourni des bordereaux de prix unitaires renseignés séparément ;

Que s'agissant du bordereau des prix unitaires proposé pour les travaux de réhabilitation de la pharmacie régionale d'approvisionnement de Dapaong, l'examen de l'offre financière du requérant fait ressortir que ledit bordereau est incomplet d'autant plus qu'il ne comporte pas certaines désignations contenues dans le cadre de bordereau des prix unitaires mis à disposition par l'autorité contractante ;

Que tirant conséquence de cette insuffisance, la commission d'évaluation est parvenue à la conclusion que l'offre du soumissionnaire BESTT pour ledit lot n'est pas exhaustive et l'a donc rejetée ;

Considérant que le bordereau des prix unitaires est un document contractuel qui sert de base à la vérification arithmétique du prix de l'offre suivant le devis quantitatif et estimatif et à l'établissement des décomptes et des avenants au besoin ; qu'un bordereau de prix unitaires incomplet ne peut donc permettre à la commission d'évaluation de vérifier le prix proposé ;

Que de plus et contrairement à l'argumentaire du requérant, la substitution au cours de l'évaluation des offres d'un bordereau de prix unitaires établi pour un lot donné par un autre bordereau de prix peut induire le changement du prix de l'offre dudit lot ; qu'une telle substitution peut, selon les cas, modifier à la hausse ou à la baisse le prix du lot concerné ;

Considérant qu'une telle pratique est susceptible de porter atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats d'autant plus qu'elle est de nature à léser ou favoriser l'auteur de l'offre modifiée ;

Que c'est à juste titre que la commission d'évaluation a jugé non conforme le bordereau des prix unitaires proposé par le soumissionnaire BESTT pour le PRA de Dapaong et a donc rejeté son offre pour le lot n° 1 ;

- **Sur l'expérience spécifique du soumissionnaire BESTT pour les lots n° 2, 3 et 4**

Considérant que suivant le rapport d'évaluation des offres, les offres du soumissionnaire BESTT pour les lots n° 2, 3 et 4 ont été rejetées pour n'avoir pas satisfait au critère d'expérience spécifique de construction ;

Considérant que le requérant conteste ce motif de rejet de son offre en arguant qu'elle a produit dans celle-ci plusieurs preuves d'exécution de marchés similaires ;

Considérant que suivant le point 3.2 a) Critères de qualification du dossier d'appel d'offres, le soumissionnaire doit avoir participé à titre d'entrepreneur ou de sous-traitant dans au moins deux (02) marchés au cours des cinq (05) dernières années avec une valeur minimale moyenne égale au montant de l'offre, qui ont été exécutés et terminés, pour l'essentiel et qui sont similaires aux travaux proposés ;

Que ladite clause précise en outre que la similitude portera sur la taille physique, la complexité, les méthodes/technologies ou autres caractéristiques telles que décrites dans la section IV, Etendue des travaux ;

Qu'au regard de la clause susvisée, les marchés à considérer pour l'appréciation de l'expérience spécifique des soumissionnaires doivent satisfaire non seulement à l'exigence liée au montant mais également être exécutés entre les années 2010, 2011, 2012, 2013 et 2014 ;

Considérant que suivant le procès-verbal d'attribution, les montants des offres financières du soumissionnaire BESTT pour les lots concernés se présentent comme suit :

- lot n° 2 : 186 949 672 F CFA hors taxes ;
- lot n° 3 :79 091 180 F CFA hors taxes ;
- lot n° 4 : 45 669 584 F CFA hors taxes ;

Considérant que de l'examen de l'offre de l'entreprise BESTT, il ressort qu'elle a cité, au titre d'expérience spécifique, plusieurs marchés auxquels elle a joint les preuves justifiant leur exécution dont des procès-verbaux de réception provisoire et définitive ;

Que parmi les marchés cités et justifiés figurent :

- la construction et la réhabilitation du tribunal de première instance d'Aného réalisées en 2012 pour un montant de 170 666 413 F CFA hors taxes ;
- les travaux de construction de logements de fonction des USP de : Davié et Anyron, (Région maritime), Akparé (région des plateaux) et Djarkpanga (Région centrale) exécutés en 2014 pour un montant de 51 054 168 F CFA hors taxes ;

Considérant que suivant le dossier d'appel d'offres, seuls deux marchés similaires sont à considérer pour l'appréciation de la qualification des soumissionnaires ;

Considérant qu'à l'examen des marchés similaires ci-dessus cités produits et justifiés, il ressort que, pour ce qui concerne le lot n° 2, le soumissionnaire BESTT ne satisfait pas à l'exigence liée au montant posée par la clause 3.2 a) précitée d'autant plus que la moyenne du cumul des montants des marchés considérés ne saurait équivaloir au montant dudit lot qui est de 186 949 672 F CFA hors taxes ;

Que c'est à juste titre que la commission d'évaluation a conclu que le soumissionnaire BESTT ne satisfait pas au critère d'expérience spécifique concernant ledit lot ;

Considérant par ailleurs, que pour ce qui concerne les lots n° 3 et 4, la commission d'évaluation a disqualifié le requérant au motif qu'il n'a produit qu'une seule attestation de bonne fin d'exécution ;

Considérant cependant que l'examen du dossier d'appel d'offres ne fait ressortir aucune précision sur la nature de la preuve des marchés similaires exigés ;

Qu'en l'absence de cette précision, la commission d'évaluation aurait dû se référer à la jurisprudence du Comité de règlement des différends applicable en la matière ;

Considérant qu'il est de jurisprudence constante du CRD que la preuve d'un marché similaire se fait soit par une attestation de bonne fin d'exécution ou par des procès-verbaux de réception définitive ou provisoire non assortis de réserves ;

Qu'au regard de cette jurisprudence et contrairement à l'argumentaire de l'autorité contractante, les procès-verbaux de réception définitive et provisoire non assortis de réserves produits par le soumissionnaire BESTT doivent être

considérés au titre de son expérience spécifique dès lors que les marchés concernés satisfont aux critères liés au montant et à l'année d'exécution posés par la clause 3.2 a) précitée ;

Considérant qu'en examinant par exemple les deux marchés similaires cités plus haut que ledit soumissionnaire a produits dans son offre, il ressort ce qui suit :

Marchés similaires retenus	Année d'exécution	Montant en FCFA	Moyenne en F CFA	Montants des offres de la requérante pour les lots n° 3 et 4
Construction et réhabilitation du tribunal de première instance d'Aného	2012	170 666 413 HT	110 860 290	79 091 180
Construction de logements de fonction des USP de : Davié, Anyron, Akparé	2014	51 054 168 HT		45 669 584

Considérant qu'il ressort du tableau ci-dessus que les marchés similaires référencés par le soumissionnaire BESTT dans son offre satisfont à la fois aux exigences liées à l'année et au montant posées par le point 3.2 a) Critères de qualification du dossier d'appel d'offres d'autant plus qu'ils sont exécutés entre 2012 et 2014 et la moyenne de leur cumul excède largement les montants des offres proposées par le soumissionnaire BESTT pour les lots n° 3 et 4 ;

Qu'il convient de dire que c'est à tort que la commission d'évaluation a conclu que le soumissionnaire BESTT n'a pas satisfait au critère d'expérience spécifique concernant lesdits lots ;

Considérant qu'au regard de tout ce qui précède, il convient de déclarer le recours du soumissionnaire BEST partiellement fondé.

DECIDE :

1) Déclare le recours du soumissionnaire BESTT partiellement fondé ;

2) Dit que le bordereau des prix unitaires produit par ledit soumissionnaire pour le lot n° 1 n'est pas conforme ;

3) Dit également que le soumissionnaire BESTT ne satisfait pas au critère d'expérience spécifique pour le lot n° 2 ;

4) Constate par contre qu'il satisfait au critère d'expérience spécifique pour les lots n° 3 et 4 ;

5) Ordonne en conséquence l'annulation des résultats provisoires des lots n° 3 et 4 et la reprise de l'évaluation des offres desdits lots ;

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 au soumissionnaire BESTT, au ministère de la santé et de la protection sociale, ainsi qu'à la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP), la présente décision qui sera publiée.

LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS (CRD)

LE PRESIDENT

Madame Ayélé DATTI

LES MEMBRES

Konaté APITA

Abeyeta DJENDA

Kuami Gaméli LODONOU