

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail-Liberté-Patrie



Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

**DECISION N° 073-2016/ARMP/CRD DU 26 OCTOBRE 2016
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE
CIP-AFRIQUE CONTESTANT LA DECISION DECLARANT INFRUCTUEUX
L'APPEL D'OFFRES N° 02/2016/METFP/SG/PRMP/PMFP-PSP/USCP
DU 30 JUIN 2016 DU MINISTERE CHARGE DE L'ENSEIGNEMENT
TECHNIQUE ET DE LA FORMATION PROFESSIONNELLE RELATIF
A L'ACQUISITION DES EQUIPEMENTS AU PROFIT DU CENTRE DE
FORMATION, AUX METIERS DE L'INDUSTRIE (CFMI) AUX CENTRES
REGIONAUX DE L'ENSEIGNEMENT TECHNIQUE ET DE LA FORMATION
PROFESSIONNELLE (MARITIME ET KARA) AINSI QU'AU LYCEE
D'ENSEIGNEMENT TECHNIQUE ET PROFESSIONNEL DE SOKODE**

**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 0163/CIPA/DG/16 datée du 23 septembre 2016 de la société CIP-AFRIQUE et enregistrée le même jour au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 2623 ;

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

En présence de Madame Ayélé DATTI, Président et 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 la recevabilité et le bien-fondé du recours ;

Par requête référencée 0163/CIPA/DG/16 datée du 23 septembre 2016 et enregistrée le même jour au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 2623, la société CIP-Afrique, ayant son siège à Lomé, Tel : (00228) 22 22 36 70 / 90 15 78 01, 05 BP 779, représentée par son Directeur général, Monsieur ALOFA Komlan Désiré, a saisi le Comité de règlement des différends d'un recours contestant la décision déclarant infructueux l'appel d'offres n° 02/2016/METFP/SG/PRMP/PMFP-PSP/USCP du 30 juin 2016 du ministère chargé de l'enseignement technique et de la formation professionnelle relatif à l'acquisition des équipements au profit du centre de formation aux métiers de l'industrie, des centres régionaux de l'enseignement technique et de la formation professionnelle (Maritime et Kara) ainsi qu'au lycée d'enseignement technique et professionnel de Sokodé .

SUR LA RECEVABILITE

Considérant qu'il résulte de la combinaison des articles 122 et 125 du décret n° 2009-277/PR du 11 novembre 2009 portant Code des marchés publics et délégations de service public que « tout candidat ou soumissionnaire s'estimant injustement évincé des procédures de passation des marchés publics et délégations de service public peut introduire un recours effectif préalable à l'encontre des procédures et décisions rendues à l'occasion de la procédure de passation leur causant préjudice, devant la personne responsable des marchés publics » ;

Que « les décisions rendues au titre de l'article précédent peuvent faire l'objet de recours devant l'autorité de régulation des marchés publics dans un délai maximum de cinq (05) jours ouvrables à compter de la date de la notification de la décision faisant grief » ;



2

Considérant qu'il résulte des faits évoqués ci-après que la Personne responsable des marchés publics du ministère chargé de l'enseignement technique et de la formation professionnelle a, par lettre n° 0513/METFP/CAB/SG/PRMP du 13 septembre 2016 reçue le 14 septembre 2016, informé la société CIP-Afrique des résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné et corrélativement du rejet de son offre ;

Considérant que par lettre référencée n°0155/CIPA/DG/16 datée du 15 septembre 2016 adressée à la Personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante, la société CIP-Afrique a contesté les résultats provisoires par un recours gracieux ;

Considérant que pour saisir le Comité de règlement des différends, la requérante dispose d'un délai maximum de cinq (05) jours ouvrables à compter du lendemain de la date de notification de la décision faisant grief ou en l'absence de réponse, de l'expiration du délai dans lequel celle-ci aurait dû répondre ; qu'en l'absence d'une réponse de l'autorité contractante, ce délai commence à courir à compter du 23 septembre 2016 à 00 heure pour expirer le 29 septembre 2016 à 00 heure ;

Considérant que le recours de la société CIP-Afrique daté du 23 septembre 2016 est enregistré le même jour au secrétariat du CRD ; qu'en introduisant son recours avant l'expiration du délai prévu à l'article 125 du décret susvisé, la société CIP-Afrique a agi dans le délai ;

Qu'en conséquence, il y a lieu de déclarer recevable le recours de la société CIP-Afrique ;

LES FAITS

Le ministère chargé de l'enseignement technique et de la formation professionnelle a lancé le 30 juin 2016 l'appel d'offres n° 02/2016/METFP/SG/PRMP/PMFP-PSP/USCP relatif à l'acquisition des équipements au profit du centre de formation aux métiers de l'industrie, des centres régionaux de l'enseignement technique et de la formation professionnelle (Maritime et Kara) ainsi que du lycée d'enseignement technique et professionnel de Sokodé .

Aux date et heure limites de dépôt des offres fixées au 1^{er} août 2016 à 09 heures 30 minutes, la commission de passation des marchés publics du ministère chargé de l'enseignement technique et de la formation professionnelle a reçu et ouvert les offres de quatre (04) soumissionnaires dont celle de la société CIP-Afrique.

A l'issue de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a déclaré le marché infructueux pour faute d'offre conforme.



3

Suite à la validation de la décision de l'autorité contractante déclarant l'appel d'offres infructueux par la direction nationale du contrôle des marchés publics par lettre n° 2605/MEF/DNCMP/DDCI du 31 août 2016, la Personne responsable des marchés publics du ministère chargé de l'enseignement technique et de la formation professionnelle a, par lettre datée du 13 septembre reçue le 14 septembre 2016, informé la société CIP-Afrique de cette décision et corrélativement du rejet de son offre.

Non satisfaite, la société CIP-Afrique a, par requête datée du 23 septembre 2016, 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

La société CIP-Afrique conteste la décision de l'autorité contractante déclarant l'appel d'offres susmentionné infructueux et soutient à l'appui de son recours :

- que la sous-commission d'analyse a déclaré l'appel d'offres infructueux sans communiquer aux soumissionnaires les motifs qui l'ont conduite à prendre une telle décision ;
- que suivant l'article 55 du code des marchés publics, un appel d'offres ne peut être déclaré infructueux qu'en l'absence d'offres ou lorsqu'il n'a pas été obtenu de propositions conformes au dossier d'appel d'offres ;
- qu'au regard de ce qui précède, elle prie le Comité de règlement des différends de bien vouloir ordonner la reprise de l'évaluation des offres afin de la rétablir dans ses droits ;

LES MOTIFS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

L'autorité contractante n'a pas produit de mémoire en réponse au recours. Cependant, l'instruction du dossier a permis de relever :

- qu'elle a déclaré la procédure infructueuse au motif qu'aucune des offres soumises n'est conforme aux exigences du dossier d'appel d'offres ;
- que s'agissant de la requérante, elle a été disqualifiée de l'attribution du marché pour avoir fourni un chiffre d'affaires insuffisant ;
- que la moyenne des chiffres d'affaires de 2013, 2014 et 2015 de la requérante est en effet inférieure au montant de son offre financière alors que le dossier d'appel d'offres exige que ce montant soit égal à au moins une (01) fois le montant de l'offre ;
- qu'en plus de n'avoir pas obtenu d'offres conformes, il a été constaté que les montants de toutes les offres financières soumises sont plus élevés que l'enveloppe prévisionnelle disponible ;

 4

- qu'alors que le montant prévisionnel inscrit au Plan prévisionnel des marchés (PPM) est de soixante-dix millions (70 000 000) de francs CFA, l'évaluation des offres financières a permis de constater que le montant le plus bas de toutes les offres financières soumises s'établit à cent dix millions neuf cent soixante-douze sept cent trente-six (110 972 736) francs CFA ;
- que cette situation a donc conduit la sous-commission d'analyse à déclarer la procédure susmentionnée infructueuse ;

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur la régularité de la décision de l'autorité contractante déclarant infructueux l'appel d'offres sus-indiqué.

EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

❖ Sur la qualification de la société CIP-AFRIQUE

Considérant qu'aux termes de la clause 5.1 des données particulières de l'appel d'offres, le candidat doit fournir la preuve écrite qu'il satisfait, entre autres, à l'exigence ci-après :

- avoir une moyenne des chiffres d'affaires des trois dernières années : 2012, 2013 et 2014 égale ou supérieure à une (1) fois son offre financière ;
- extrait de bilan financier certifié pour les trois derniers exercices (2012, 2013, 2014) ;

Qu'au regard de la clause suscitée, pour être qualifié pour l'attribution du marché, tout soumissionnaire doit, non seulement, fournir un chiffre d'affaires moyen équivalent ou supérieur au montant de son offre mais également joindre à celle-ci les états financiers certifiés de ses chiffres d'affaires des années 2012, 2013 et 2014 ;

Considérant qu'il ressort de l'offre du soumissionnaire CIP-Afrique, qu'il a fourni les chiffres d'affaires des années 2013, 2014 et 2015 pour des montants respectifs de 67 006 617 F CFA, 89 785 597 F CFA et 161 315 760 F CFA ;

Qu'il en résulte que la moyenne des chiffres d'affaires produite est de 106 035 991 F CFA ; que cette moyenne est nettement inférieure au montant de son offre qui est de 187 978 385 F CFA hors taxes ;

 5

Que tirant conséquence d'une telle situation, la sous-commission d'analyse a disqualifié la requérante pour avoir fourni une moyenne de chiffres d'affaires insuffisant ;

Considérant cependant que l'examen de l'offre de la requérante révèle qu'elle a fourni, en plus de l'attestation de capacité exigée par le dossier d'appel d'offres, un autre document dénommé « Avenant à la convention de compte courant » établi par l'entreprise de Maître Géraldine Akouvi W. AGBEMEBIA, notaire à Lomé qui atteste que la société CIP-AFRIQUE dispose dans les livres ouverts auprès de la banque ORABANK de plusieurs types de facilités de crédit dont le montant cumulé s'élève à 110 000 000 de francs CFA ;

Que contacté au cours de l'instruction du dossier, le directeur de la société CIP-Afrique a indiqué que ce document est fourni en substitution de son chiffre d'affaires insuffisant conformément à l'article 48 du code des marchés publics ;

Considérant qu'il est exact que l'article 48 du code des marchés publics dispose en son alinéa 2 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 économique et financière par tout autre document considéré comme approprié par l'autorité contractante ;

Considérant qu'il est de jurisprudence constante du CRD que le bénéfice des dispositions de l'article 48 précité du code des marchés publics ne s'applique que lorsque le soumissionnaire concerné se trouve dans l'impossibilité de produire les chiffres d'affaires exigés, soit en raison de son jeune âge ou pour tout autre motif jugé légitime ;

Considérant que suivant la carte d'opérateur économique fournie dans son offre, la société CIP-Afrique a débuté ses activités depuis 2009 ; que de cette date jusqu'à la date de l'appel d'offres, la société CIP-Afrique est présumée avoir accompli cinq (05) années d'exercice ;

Que contrairement aux prétentions de la requérante, le bénéfice des dispositions dudit article sus-cité ne saurait lui être appliqué dans la mesure où son attitude est comparable à une dissimulation d'information plutôt qu'à son incapacité à produire les chiffres d'affaires requis par le dossier d'appel d'offres ;

Qu'ainsi, c'est à juste titre que la sous-commission d'analyse a conclu que la société CIP-Afrique n'est pas qualifiée pour l'attribution du marché susmentionné ;

 6

❖ Sur la régularité de la décision déclarant l'appel d'offres infructueux

Considérant que la société CIP-AFRIQUE reproche à l'autorité contractante d'avoir déclaré la procédure sus-indiquée infructueuse sans pour autant justifier les motifs qui l'ont conduite à prendre une telle décision contrairement aux exigences de l'article 55 du code des marchés publics ;

Que suivant cet article, un appel d'offres est déclaré infructueux après avis de la commission de contrôle des marchés publics de l'autorité contractante en l'absence d'offres ou lorsqu'il n'a pas été obtenu de propositions conformes au dossier d'appel d'offres ;

Considérant que l'examen du rapport d'évaluation fait en effet ressortir que la requérante et la société MFPT, toutes deux soumissionnaires à l'appel d'offres, ont été disqualifiées de l'attribution du marché pour avoir fourni des chiffres d'affaires insuffisants ; que s'agissant des autres soumissionnaires, notamment TPD et CTPI, ils ont vu leurs offres rejetées à l'étape de l'examen préliminaire pour absence de garantie de soumission ;

Qu'il résulte donc du rapport d'évaluation des offres qu'aucun des soumissionnaires n'a présenté une offre conforme aux exigences du dossier d'appel d'offres ;

Qu'en application de l'article 55 précité du code des marchés publics, la sous-commission d'analyse a donc, à l'issue de l'évaluation des offres, déclaré la procédure infructueuse pour faute d'offre conforme ;

Considérant que contrairement à l'argumentaire de la requérante la décision de l'autorité contractante de déclarer la procédure infructueuse est bien conforme aux dispositions de l'article 55 précitée du code des marchés publics d'autant plus qu'aucune des offres présentées par les soumissionnaires n'est conforme aux exigences du dossier d'appel d'offres ;

Considérant par ailleurs que l'instruction du dossier a permis de constater qu'alors que le montant prévisionnel du marché est de 70 000 000 de francs CFA hors taxes, le montant de l'offre financière la plus basse parmi toutes les offres financières soumises s'établit à 110 972 736 francs CFA ;

Qu'il en résulte que les offres financières de tous les soumissionnaires sont de loin plus élevées que le montant prévisionnel du marché ;

Qu'ainsi, au-delà du motif fondé sur l'absence d'offre conforme, l'autorité contractante se trouve en face des offres financières qui ne cadrent pas avec l'enveloppe financière disponible ;

Considérant que cette situation qui résulte sans nul doute d'une mauvaise estimation des besoins de l'autorité contractante par rapport au montant prévisionnel disponible retarde considérablement les procédures d'acquisitions et agit, par ricochet, sur l'efficacité même du système de passation des

 7

marchés publics ; qu'il convient donc d'éviter de tels dysfonctionnements à l'avenir en prenant soin de bien définir les besoins à satisfaire au regard de l'enveloppe financière disponible ;

Considérant que face à cette situation et en se référant à la pratique en la matière, deux solutions alternatives sont envisageables, notamment la réduction des quantités à concurrence de 15% si le dossier d'appel d'offres le prévoit ou la déclaration de la procédure sans suite pour insuffisance de crédit ;

Qu'en l'espèce, il est constant qu'au regard de l'écart important qui existe entre le montant de l'offre financière la plus basse et l'enveloppe prévisionnelle disponible, la réduction des quantités à concurrence de 15 % ne peut nullement permettre d'obtenir une offre financière qui cadrerait avec ladite enveloppe ;

Que dans ce contexte, même si l'issue de la procédure permettait d'obtenir une offre conforme, l'autorité contractante n'a d'autres choix que de déclarer la procédure concernée infructueuse et de la reprendre sur la base d'un nouvel appel d'offres tenant compte de l'enveloppe financière disponible ;

Qu'ainsi, c'est à juste titre que la sous-commission d'analyse a déclaré la procédure sus-indiquée infructueuse pour faute d'offres conformes ;

❖ **Sur l'absence de notification au soumissionnaire CIP-AFRIQUE des motifs justifiant le caractère infructueux de la procédure**

Considérant que la société CIP-AFRIQUE reproche à l'autorité contractante d'avoir déclaré la procédure de passation sus-indiquée infructueuse sans notifier aux soumissionnaires les motifs exacts qui l'ont conduite à prendre une telle décision ;

Considérant que suivant l'article 62 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 ;

Considérant que l'instruction du dossier révèle que, par lettre n° 0513/METFP/CAB/SG/PRMP du 13 septembre 2016, l'autorité contractante a effectivement notifié au soumissionnaire CIP-ARFRIQUE la décision déclarant infructueuse la procédure sus-indiquée ;

Que cependant, l'examen de ladite lettre ne fait ressortir aucune information quant aux motifs du rejet de l'offre de la requérante ou qui l'ont conduite à déclarer la procédure infructueuse ;

Qu'en ayant omis de porter à la connaissance de la requérante les motifs du rejet de son offre et surtout ceux qui l'ont conduite à déclarer la procédure sus-indiquée infructueuse, l'autorité contractante a donc violé les dispositions de l'article 62 précité du code des marchés publics ;

Considérant qu'au regard de tout ce qui précède, il convient de déclarer le recours de la société CIP-AFRIQUE partiellement fondé ;

DECIDE :

- 1) Déclare recevable le recours de la société CIP-AFRIQUE ;
- 2) Déclare ledit recours partiellement fondé ;
- 3) Dit que la société CIP-AFRIQUE n'a pas satisfait au critère de qualification relatif au chiffre d'affaires ;
- 4) Dit que la décision de l'autorité contractante déclarant la procédure susmentionnée infructueuse est régulière ;
- 5) Dit toutefois que l'autorité contractante doit notifier les motifs de la décision déclarant infructueuse la procédure susmentionnée aux soumissionnaires ;
- 6) Dit que la présente décision est immédiatement exécutoire nonobstant toutes voies de recours ;
- 7) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la société CIP-AFRIQUE, au ministère chargé de l'enseignement technique et de la formation professionnelle, 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