

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail-Liberté-Patrie



Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

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

**DECISION N° 076-2016/ARMP/CRD DU 28 OCTOBRE 2016
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DU GROUPEMENT
STD SARL/SODIACOM CONTESTANT LES RESULTATS PROVISOIRES
DE L'APPEL D'OFFRES INTERNATIONAL N° 068/2016/TGT/DG/DML&PRMP
DU 30 MARS 2016 DE TOGO TELECOM RELATIF AUX TRAVAUX
D'INSTALLATION DU RESEAU FIBRE OPTIQUE ATAKPAME-KARA
(FIBRAGE DES SITES MOBILES)**

**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 du groupement STD /SODIACOM datée du 20 septembre 2016 et enregistrée le même jour au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 2568 ;

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° 066-2016/ARMP/CRD du 28 septembre 2016, le Comité de règlement des différends de l'ARMP a reçu le recours du groupement STD SARL/SODIACOM et a ordonné la suspension de l'appel d'offres international sus-indiqué jusqu'au prononcé de la décision au fond.

Par lettre n° 2142/ARMP/DG/DRAJ du 23 septembre 2016, 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 lettre n° 1982/TGT/DG/PRMP du 29 septembre 2016, enregistrée le 30 septembre 2016 au secrétariat du CRD sous le numéro 2707, la PRMP de Togo télécom a fait parvenir à l'ARMP la documentation ainsi réclamée.

LES FAITS

La société Togo Telecom a lancé le 30 mars 2016 l'appel d'offres international n° 068/2016/TGT/DG/DML&PRMP relatif aux travaux d'installation du réseau fibre optique Atakpamé-Kara (fibrage des sites mobiles).

Les travaux sollicités sont répartis en trois (03) lots ci-après :

- lot n° 1 : Fournitures, travaux GC et tirage Atakpamé-Blitta (113 200 ml) ;
- lot n° 2 : Fournitures, travaux GC et tirage Blitta-Sokodé (83 500 ml) ;
- lot n° 3 : Fournitures, travaux GC et tirage Sokodé-Bassar-Kara (133 000 ml) ;

Aux date et heure limites de dépôt des offres fixées au 14 juin 2016 à 09 heures 30 minutes, la commission de passation des marchés publics de Togo Telecom a reçu et ouvert les offres de douze (12) soumissionnaires dont celle du groupement STD /SODIACOM.

Handwritten signature in blue ink, followed by a rectangular stamp containing the number '2'.

A l'issue de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a déclaré la société MER TELECOM Ltd attributaire provisoire des trois (03) lots du marché pour les montants respectifs ci-après :

- lot n° 1 : un milliard quatre cent trois millions trois cent quarante-six mille neuf cent quatre-vingt-treize (1 403 346 993) francs CFA HT/HD ;
- lot n° 2 : un milliard cent vingt-sept millions trois cent vingt-quatre mille six cent soixante-cinq (1 127 324 665) francs CFA HT/HD ;
- lot n° 3 : deux milliards onze millions neuf cent huit mille huit cent quatre-vingt-sept (2 011 908 887) francs CFA HT/HD.

Suite à la validation des résultats de l'évaluation des offres par la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) par lettre n° 2733/MEF/DNCMP/DRMP du 13 septembre 2016, la personne responsable des marchés publics de Togo Telecom a, par lettre n° 1881/TGT/DG/PRMP datée du 15 septembre 2016, informé le groupement STD/SODIACOM desdits résultats et corrélativement du rejet de son offre.

Non satisfait, le groupement STD/SODIACOM a, par requête datée du 20 septembre 2016, saisi le Comité de règlement des différends pour contester les résultats provisoires de l'appel d'offres international susmentionné.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

Le groupement STD/SODIACOM conteste les résultats provisoires de l'appel d'offres international susmentionné et soutient à l'appui de son recours :

- qu'à l'ouverture des plis, le montant de ses offres était le moins élevé pour les 3 lots ;
- que les états financiers de la société STD Sarl dont la certification est mise en cause ont été certifiés et acceptés par la direction générale des impôts, l'actuel OTR ;
- qu'il est injuste de juger l'offre de la société STD Sarl non conforme pour cause de non fourniture d'attestation d'exécution de marché similaire, alors que cette dernière a été l'un des meilleurs fournisseurs de Togo Telecom et qu'elle a eu à présenter toutes les attestations de bonne exécution que Togo Telecom lui a délivré ;
- que son partenaire SODIACOM a présenté tous les rapports et attestations concernant les travaux en génie civile qu'elle a eu à faire ;
- que ce partenaire fait plus de 200 km de travaux similaires par an et qu'à l'heure actuelle celui-ci est en train de réaliser plus de 550 km de travaux sur le back bone national de Guinée ;

 3

- que SODIACOM est la première société constructrice de réseaux optique en Guinée Conakry alors que le paysage de ce pays est plus compliqué que celui du Togo ;
- qu'en attribuant les trois (03) lots à une seule et même société, Togo Telecom a violé le point 32.5 des IC ;
- qu'au regard de ce qui précède, il prie le Comité de règlement des différends de bien vouloir ordonner la reprise de l'évaluation des offres afin de le rétablir dans ses droits ;

LES MOYENS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

Dans son mémoire en réponse, l'autorité contractante soutient:

- que l'offre du groupement STD/SODIACOM n'est pas conforme aux exigences du dossier d'appel d'offres ;
- que tous les états financiers fournis par la société STD Sarl ne sont pas certifiés ;
- que seuls ceux de la société SODIACOM sont certifiés à l'exception de celui de 2014 ;
- que de plus, le groupement STD/SODIACOM n'a fourni aucune preuve de marchés similaires référencés dans son offre tel que l'exige les critères de qualification du dossier d'appel d'offres ;
- que seule la société SODIACOM a fourni quelques éléments illustratifs de petits travaux (5km au maximum) exécutés en sous-traitance dont les montants ne sont même pas précisés alors que la distance minimale dans le cadre du présent projet est de 83,5 km ;
- qu'au regard de ce qui précède, elle demande au Comité de bien vouloir déclarer non-fondé le recours du groupement STD/SODIACOM et d'ordonner la mainlevée de la mesure de suspension prononcée par décision n° 066-2016/ARMP/CRD du 28 septembre 2016.

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur la satisfaction par le groupement STD/SODIACOM des critères de qualification exigés dans le dossier d'appel d'offres international ;

 4

EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

➤ Sur la certification des états financiers produits par le groupement STD/SODIACOM

Considérant que suivant le point 2.1 de l'Annexe A, critères de qualification de l'appel d'offres, le soumissionnaire doit soumettre les bilans vérifiés ou, si cela n'est pas requis par la réglementation du pays du candidat, autres états financiers acceptables par l'autorité contractante pour les trois (03) dernières années (2012, 2013 et 2014) démontrant sa solidité financière et sa profitabilité à long terme ;

Que la même clause précise qu'en cas de groupement d'entreprises, chacune des parties doit satisfaire à cette exigence ;

Considérant que le point a) de l'avis d'appel d'offres précise que suivant les exigences en matière de qualification, le candidat doit fournir des bilans des trois (03) dernières années (2012 ; 2013 et 2014) certifiés par un expert-comptable ;

Considérant qu'en application des dispositions susvisées, le groupement STD/SODIACOM a fourni dans son offre des états financiers de chacune des entités le constituant, notamment les sociétés STD Sarl et SODIACOM ;

Considérant qu'à l'issue de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a déclaré les états financiers produits non conformes au motif que les états financiers de la société STD et ceux de l'année 2014 de la société SODIACOM ne sont pas certifiés et a donc disqualifié le groupement STD/SODIACOM de l'attribution du marché ;

Considérant que le requérant conteste ce motif de rejet de son offre en arguant que les états financiers qu'il a fournis pour le compte de l'entité STD Sarl sont bien réguliers d'autant plus qu'ils ont été certifiés et acceptés par les services de la direction générale des impôts, l'actuel Office togolais des recettes (OTR) qui est une institution publique très crédible ;

Considérant que l'examen des états financiers de la société STD des années 2012, 2013 et 2014 et de l'année 2014 de la société SODIACOM révèle qu'ils n'ont été certifiés ni par un expert-comptable ni par un comptable agréé d'autant plus qu'ils ne comportent aucune indication pouvant les identifier en cette qualité ;

Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la loi n° 2001-001 du 23 janvier 2001 portant création de l'ordre national des experts-comptables et comptables agréés du Togo, l'expert-comptable est habilité à attester la régularité et la sincérité des états financiers de synthèse requis des entreprises par les dispositions législatives et réglementaires en vigueur, à exercer le mandat de commissaire aux comptes et de commissaire aux apports ;

Handwritten signature in blue ink, followed by a rectangular stamp containing the number 5.

Considérant que l'article 14 de la loi précitée confère également habilitation aux comptables agréés d'attester la régularité et la sincérité des états financiers de synthèse des entreprises et organismes dont ils arrêtent les comptes ;

Qu'il découle de ces textes que la certification des états financiers est une attribution exclusivement réservée aux experts comptables ou aux comptables agréés ; qu'il n'appartient pas à l'office togolais des recettes (OTR) de certifier les états financiers ; que plutôt cet office est destinataire des états financiers certifiés par les acteurs ci-dessus indiqués ;

Qu'ainsi, contrairement aux prétentions du requérant, la déclaration par une entreprise de ses états financiers élaborés par ses soins aux services des impôts ne saurait être considérée comme une opération de certification desdits états financiers dès lors que ces états financiers n'ont pas certifiés par les professionnels habilités par les textes suscités ;

Qu'il convient donc de dire que c'est à juste titre que la sous-commission d'analyse a jugé les états financiers produits par le groupement STD/SODIACOM non conformes aux exigences du dossier d'appel d'offres ;

➤ **Sur la preuve des marchés similaires référencés dans l'offre du requérant**

Considérant que l'objet de l'appel d'offres susmentionné est relatif aux travaux d'installation du réseau fibre optique Atakpamé-Kara (Fibrage des sites mobiles) ;

Considérant que pour apprécier la capacité des soumissionnaires à exécuter lesdites prestations, l'autorité contractante a requis au point 5 b) de l'avis d'appel d'offres, que les candidats fournissent la preuve qu'ils ont exécuté avec succès en tant qu'entrepreneur principal ou sous-traitant au moins un (01) marché similaire au cours des cinq (05) dernières années ;

Que la clause 3.2 a) de l'Annexe A, Critères de qualification de l'appel d'offres précise d'une part, que le montant du marché similaire exigé doit porter sur une valeur au minimum de 0,5 fois le montant TTC de l'offre du candidat et d'autre part, 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 ;

Que le point b) de l'avis d'appel d'offres exige des candidats de fournir une attestation de bonne fin d'exécution du marché similaire ;

Considérant toutefois qu'il est de jurisprudence constante du comité de règlement des différends que la preuve d'un marché similaire se fait soit par une attestation de bonne de fin d'exécution ou par un procès-verbal de réception définitive ou provisoire non assortie de réserves ;

A handwritten signature in blue ink is written over a rectangular stamp. The stamp contains the number '6' in the bottom right corner.

Considérant qu'à l'issue de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a disqualifié le soumissionnaire STD/SODIACOM de l'attribution du marché au motif qu'il n'a pas fourni d'attestation de bonne fin d'exécution des marchés similaires référencés dans son offre ;

Considérant que le groupement STD/SODIACOM conteste ce motif de rejet de son offre et soutient qu'il a fourni dans son offre les preuves des marchés similaires qu'il y a référencés ;

Considérant que l'instruction du dossier a permis de constater que le groupement STD/SODIACOM a effectivement indiqué dans son offre avoir réalisé plusieurs marchés similaires qui portent sur les travaux de construction de réseaux fibres optiques au profit de SOTELGUI, de MTN GUINEE et de ORANGE- GUINEE ainsi que la fourniture de divers matériels y afférents ;

Qu'au titre de preuve de ces marchés référencés, le requérant a produit dans son offre plusieurs bordereaux de livraisons de fournitures et deux procès-verbaux de réception datés respectivement des 29 septembre 2015 et 08 mars 2016 relatifs aux travaux de construction de la liaison d'interconnexion par fibre optique client TRANSCO et de liaison fibre optique de manchon GETMA-SGP CCF pour les immeubles cite chemin de fer CCF-CIMENTS DE GUINEE que la société SODIACOM, membre du groupement, a réalisés pour le compte de la compagnie de téléphonie ORANGE GUINEE ;

Considérant cependant que l'examen du contenu desdits procès-verbaux a permis de constater que de par leur objet, qui est relatif aux travaux de construction de la liaison d'interconnexion par fibre optique, ils semblent se rapprocher de l'objet du marché envisagé ; que cependant, ils ne renferment aucune précision quant à la taille physique, la complexité ou aux montants des travaux réalisés ;

Considérant s'il est exact que le requérant a indiqué dans son offre les montants des marchés qu'il a référencés au titre de ses expériences spécifiques, il n'en demeure pas moins que seul le marché contradictoirement conclu avec le client ou encore l'attestation de bonne fin d'exécution pourra véritablement faire la preuve de la taille, de l'envergure, de la complexité et du montant du marché à faire valoir comme similaire ;

Qu'en l'absence d'éléments probants permettant de s'assurer que le requérant a réellement réalisé de manière satisfaisante un marché similaire aux prestations sollicitées, c'est à bon droit que la sous-commission d'analyse a conclu que le soumissionnaire STD/SODIACOM n'a pas satisfait au critère de qualification relatif aux marchés similaires ; qu'ainsi, l'argumentaire du requérant fondé sur le moyen sus-évoqué ne peut prospérer ;



7

➤ **Sur la méthodologie d'attribution du marché**

Considérant que le groupement STD/SODIACOM relève dans sa requête qu'en attribuant les trois lots de l'appel d'offres à la société MER TELECOM, l'autorité contractante a non seulement violé la clause 32.5 du dossier d'appel d'offres mais aussi aurait pu faire une économie de 402 758 235 francs CFA si elle lui attribuait le marché ;

✓ **Sur le caractère prétendument économique de son offre**

Considérant qu'il est de règle que l'attribution du marché se fait au soumissionnaire dont l'offre est évaluée conforme, moins disante et qui satisfait aux critères de qualification ;

Considérant qu'en application de cette règle, l'évaluation des offres se fait suivant trois étapes successives, à savoir l'appréciation de la conformité des offres, l'évaluation financière et l'examen de la qualification des soumissionnaires ;

Considérant que les conditions posées par la règle ci-dessus rappelée étant cumulatives et non alternatives, la non satisfaction par un soumissionnaire à l'une quelconque de ces conditions entraîne automatiquement la disqualification de ce soumissionnaire pour la suite du processus sans que l'autorité contractante ait besoin d'examiner les autres aspects de son offre ; que contrairement à l'argumentaire de la requérante, le seul fait pour un soumissionnaire d'avoir proposé une offre moins disante ne saurait déterminer l'autorité contractante à lui attribuer le marché ;

Considérant que suivant le rapport d'évaluation des offres, l'offre du groupement STD/SODIACOM est déclarée non conforme pour n'avoir pas satisfait aux exigences du dossier d'appel d'offres, notamment celles relatives à la production des états financiers certifiés et à la preuve des marchés similaires ;

Qu'ainsi, en application de la règle sus-posée, le groupement STD/SODIACOM doit être disqualifié de l'attribution du marché d'autant plus qu'il ne satisfait pas aux exigences de l'appel d'offres ; qu'il convient de dire que c'est à juste titre que la sous-commission d'analyse a disqualifié ledit groupement de l'attribution du marché pour n'avoir pas satisfait à toutes les exigences du dossier d'appel d'offres ;

✓ **Sur l'application de la clause 32.5 du dossier d'appel d'offres**

Considérant que suivant la clause 32.5 des données particulières de l'appel d'offres, « les travaux comprennent plusieurs lots pouvant faire l'objet de marchés séparés attribués à des soumissionnaires distincts. Conformément aux dispositions de l'Article 32.4 des IC, l'Autorité contractante évaluera et comparera les offres sur la base de l'attribution d'un seul lot à un seul

 8

soumissionnaire, ou d'une combinaison de marchés à plus d'un soumissionnaire, afin de minimiser le coût total pour la société Togo Telecom, en tenant compte des rabais consentis dans leurs offres par les soumissionnaires en cas d'attribution de plusieurs lots. Si un soumissionnaire a présenté des offres conformes, évaluées les moins disantes en fonction de critères exprimés en termes monétaires, l'évaluation tiendra également compte de la capacité du soumissionnaire à satisfaire aux exigences spécifiées dans le DAO concernant : l'expérience, la situation financière, les engagements courants, la capacité de financement, le matériel mobilisé et le personnel à affecter ; »

Qu'en application de la clause précitée et contrairement à l'argumentaire du requérant, il est loisible à tout soumissionnaire de gagner plusieurs lots voire tous les lots de l'appel d'offres, sous réserve de satisfaire cumulativement les exigences de qualification supplémentaires qu'engendre l'attribution desdits lots ;

Considérant que l'examen de l'offre de l'attributaire provisoire a permis de constater qu'il a satisfait à la plupart des exigences de qualification requises pour l'attribution des trois (03) de l'appel d'offres, à l'exception de celle relative à la capacité financière posée par la clause 2.3 de l'Annexe A, critères de qualification de l'appel d'offres et le point 5 e) de l'avis d'appel d'offres qui exigent des candidats de disposer de liquidités ou de facilités de crédit d'un montant au moins équivalent à 0,5 fois le montant de leurs offres, notamment une attestation délivrée par une banque ;

Que pour permettre aux candidats de satisfaire à cette exigence de capacité financière, l'autorité contractante a mis à leur disposition, dans le dossier d'appel d'offres, un modèle de capacité financière à faire renseigner par leurs banques respectives ;

Qu'ainsi, pour se conformer à l'exigence des clauses précitées de l'appel d'offres, l'attestation bancaire doit non seulement porter sur un engagement ferme de la banque à mettre à la disposition de la société MER TELECOM un montant correspondant à la moitié de son offre financière mais également être libellée conformément au contenu du modèle d'attestation mis à sa disposition ;

Considérant que l'instruction du dossier a permis de constater que la société MER TELECOM a effectivement fourni dans son offre une lettre à elle délivrée par sa banque dénommée bank hapoalim et par laquelle celle-ci indique qu'elle confirme que le compte numéro 510946650 dont la société MER TELECOM est titulaire dans ses livres, « présente un solde créditeur de 21 271 139 USD et bénéficie d'une ligne de crédit de 27 955 024 USD » ;

Considérant que suivant le rapport d'évaluation des offres, le montant global des offres de la société MER TELECOM à l'ouverture pour les trois (03) lots de l'appel d'offres est de 7 409 072 440 de francs CFA ;



Handwritten signatures and a page number '9' in a box.

Considérant cependant que même si les montants indiqués sur le document bancaire que ladite société a produit couvrent largement 0,5 fois le montant global de ses offres, il n'en demeure pas moins que l'examen de son contenu fait apparaître que non seulement il ne se rapporte pas à l'appel d'offres susmentionné mais encore et surtout qu'il n'est pas destiné à la société Togo Télécom, autorité contractante ; que de plus, ledit document ne fait pas ressortir la qualité des signataires tel que l'exige le modèle d'attestation de capacité financière mis à la disposition des candidats alors que les investigations menées à cette fin auprès de ECOBANK-TOGO qui est supposée être la correspondante de la banque émettrice n'ont guère apporté d'éléments rassurants sur la qualité des signataires ;

Considérant par ailleurs qu'un examen approfondi de la lettre concernée a permis de constater qu'il est libellé en des termes conditionnels et dépourvus d'engagement ferme tels que « cette lettre de référence vous est destinée exclusivement à titre gracieux, sur la demande du client et sur la base des relations et/ou opérations passées du client avec nous » ou encore « Rien dans la présente ne peut obliger la banque à étendre des facilités bancaires accordées à ce client, et n'engage en rien la responsabilité de la banque et de ses représentants s'agissant de toute perte subie par toute personne agissant ou s'abstenant d'agir en fonction du contenu de la présente » avant de conclure que « cette lettre n'est pas transférable et est destinée uniquement au destinataire » ; c'est-à-dire à la société MER TELECOM ;

Qu'en l'absence d'un engagement ferme de sa banque à mettre à sa disposition les montants indiqués dans le document qu'elle lui a délivré, il est indéniablement établi que la société MER TELECOM n'a pas satisfait au critère de qualification relatif à la capacité financière exigée par le dossier d'appel d'offres ;

Qu'ainsi, contrairement aux conclusions de la sous-commission d'analyse, il convient de dire que la société MER TELECOM ne satisfait pas à l'exigence de capacité financière posée par les clauses précitées et n'est donc pas qualifiée pour l'attribution du marché ;

Considérant qu'au regard de ce qui précède, il convient de déclarer le recours du groupement STD/SODIACOM partiellement fondé et d'ordonner l'annulation des résultats provisoires et la reprise de l'évaluation des offres ;

DECIDE :

- 1) Déclare le recours du groupement STD/SODIACOM partiellement fondé ;
- 2) Dit que le groupement STD/SODIACOM n'a pas satisfait aux critères de qualification, notamment ceux relatifs aux états financiers certifiés et à l'expérience spécifique exigée ;



10

- 3) Dit que la société MER TELECOM ne satisfait pas à l'exigence de capacité financière prescrite par le dossier d'appel d'offres ;
- 4) Ordonne en conséquence l'annulation des résultats provisoires et la reprise de l'évaluation des offres ;
- 5) Dit que la présente décision est immédiatement exécutoire nonobstant toutes voies de recours ;
- 6) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier au groupement STD/SODIACOM, à la société Togo Télécom, ainsi qu'à la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP), la présente décision qui sera publiée.

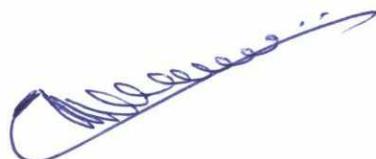
LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS (CRD)

LE PRESIDENT



Madame Ayélé DATTI

LES MEMBRES



Konaté APITA



Abeyeta DJENDA



Kuami Gaméli LODONOU