REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail-Liberté-Patrie

Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

DECISION N° 088-2017/ARMP/CRD DU 15 NOVEMBRE 2017 DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE INTEGRAL BTP SARL CONTESTANT LES RESULTATS PROVISOIRES DE L'APPEL D'OFFRES OUVERT N° 373/MAEH/Cab/SG/PRMP/ONAF DU 10 AOÛT 2017 DE L'OFFICE NATONAL DES ABATTOIRS ET FRIGORIFIQUES (ONAF) RELATIF AUX TRAVAUX DE CONSTRUCTION DE BATIMENTS A L'ONAF SIEGE ET SUR L'AIRE D'ABATTAGE DE GBOSSIME

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 0033/I/D/2017 du 29 septembre 2017 introduite par la société INTEGRAL BTP Sarl et enregistrée le même jour au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 2629 ;

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 lettre référencée 2741/ARMP/DG/DRAJ du 03 octobre 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° 077-2017/ARMP/CRD du 04 octobre 2017, le Comité de règlement des différends de l'ARMP a reçu le recours de la société INTEGRAL BTP Sarl et a ordonné la suspension de l'appel d'offres sus-indiqué jusqu'au prononcé de la décision au fond.

Par lettre n° 521/MAEH/Cab/SG/ONAF du 09 octobre 2017, enregistrée le même jour au secrétariat du CRD sous le numéro 2713, la personne responsable des marchés publics de l'Office national des abattoirs et frigorifiques (ONAF) a fait parvenir à l'ARMP la documentation ainsi réclamée.

LES FAITS

L'Office national des abattoirs et frigorifiques (ONAF) a lancé, le 10 août 2017, l'appel d'offres n° 373/MAEH/Cab/SG/PRMP/ONAF relatif aux travaux de construction de bâtiments à l'ONAF siège et sur l'aire d'abattage de Gbossimé réparti en trois (03) lots composés comme suit :

- lot n° 1 : construction de bureaux à l'ONAF siège ;
- lot n° 2 : construction de local pour le traitement des ovins-caprins sur l'aire d'abattage de Gbossimé ;
- lot n° 3 : construction de bâtiment pour sanitaires des abattants sur l'aire d'abattage de Gbossimé.

A la date limite de dépôt des offres fixée au 11 septembre 2017, la commission de passation des marchés publics de l'ONAF a reçu et ouvert des offres présentées par six (06) soumissionnaires dont celles des sociétés INTEGRAL BTP Sarl et GTBTP Sarl.

A l'issue de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a déclaré attributaire provisoire des trois (03) lots, la société GTBTP Sarl pour les montants toutes taxes comprises (TTC) ci-après :

- neuf millions six cent soixante-dix-huit mille cinquante-neuf (9 678 059) francs CFA pour le lot n° 1 ;
- dix millions quatre cent quatre-vingt-treize mille cinq cent cinquante-huit (10 493 558) francs CFA pour le lot n° 2 ;
- onze millions six cent quarante-six mille sept cent soixante et un (11 646 761) francs CFA pour le lot n° 3.

Après l'avis de non objection de la Commission de contrôle des marchés publics (CCMP) de l'ONAF donné par lettre n° 007/MAEH/Cab/SG/ONAF du 21 septembre 2017 sur le rapport d'évaluation des offres, la personne responsable des marchés publics de l'ONAF a, par lettre n° 466/MAEH/Cab/SG/ONAF/PRMP du 25 septembre 2017, informé la société INTEGRAL BTP Sarl des résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné et corrélativement du rejet de ses offres ;

Non satisfaite, la requérante a, par lettre n° 0033/I/D/2017 du 29 septembre 2017, saisi le Comité de règlement des différends pour contester le rejet de ses offres.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

La société INTEGRAL BTP Sarl conteste les résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné et soutient à l'appui de son recours :

- que l'autorité contractante n'a pas pris en compte les rabais, qu'elle a consentis sur les montants de ses offres alors que ces rabais sont conformes aux prescriptions des clauses 14.1 et 14.4 des instructions aux candidats du DAO ;
- qu'elle tient à préciser que contrairement aux allégations de l'autorité contractante, elle n'a soumis qu'une seule offre pour chacun des trois lots et consenti respectivement des rabais de 15 % pour les lots n° 1 et n° 3, puis de 5% pour le lot n° 2, tel que mentionné dans le procès-verbal d'ouverture des offres ;

- que par ailleurs, l'autorité contractante a attribué les trois lots de l'appel d'offres à la société GTBTP Sarl, alors que le procès-verbal d'ouverture des offres indique que pour l'exigence des états financiers des trois dernières années, elle a fourni ceux des années « 2013, 2014 et 2015 » au lieu de « 2014, 2015 et 2016 » ;

- qu'en outre, ladite société n'a même pas fourni les documents administratifs attestant qu'elle est en règle avec la Caisse nationale de sécurité sociale (CNSS) et l'Inspection du travail et des lois sociales (ITLS) ;

- qu'au regard de ce qui précède, elle estime être injustement évincée de l'attribution du marché et demande au Comité de règlement des différends de bien vouloir la rétablir dans ses droits.

LES MOTIFS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

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

- que les rabais consentis par la requérante n'ont pas été appliqués au cours de l'évaluation des offres parce qu'ils ne cadrent pas avec la réglementation des marchés publics en vigueur ;
- qu'en analysant les conditions des rabais consentis par la requérante, on serait porté dans une première hypothèse à penser que la requérante a proposé pour le même appel d'offres deux offres dont celle lue à l'ouverture qui ne comporte aucun rabais et l'autre à considérer au cours de l'évaluation si elle n'était pas moins disante ;

- qu'une telle façon de faire des rabais n'est pas admise par la réglementation, ce qui logiquement a entrainé le rejet de son offre ;

- que même dans l'hypothèse où l'offre de la requérante n'était pas la moins disante à l'issue de l'évaluation et où le rabais était appliqué, cette application constituerait une entorse au principe d'égalité de traitement des soumissionnaires ;

- que c'est donc pour préserver l'égalité de traitement des soumissionnaires que la sous-commission d'analyse a décidé de ne pas prendre en compte les rabais susmentionnés ;

- qu'à l'ouverture des plis, l'offre de l'attributaire provisoire ne comportait pas l'attestation de la caisse nationale de sécurité sociale et l'attestation de l'inspecteur du travail et des lois sociales exigées par le DAO,

mais ces documents ont été transmis au cours de l'évaluation des offres suite à une demande d'informations complémentaires qui lui a été adressée conformément aux dispositions de l'article 56 du code des marchés publics ;

- que contrairement à l'argumentaire de la requérante, l'attributaire provisoire a fourni dans son offre les états financiers des trois (03) dernières années dont la moyenne des chiffres d'affaires est considérablement supérieure à la moitié du montant de son offre tel qu'exigé par le DAO ;
- qu'au regard de tout ce qui précède, elle demande au Comité de bien vouloir déclarer non fondé le recours de la société INTEGRAL BTP Sarl et d'ordonner la mainlevée de la mesure de suspension prononcée par décision n° 077-2017/ARMP/CRD du 04 octobre 2017.

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte d'une part, sur la régularité des rabais proposés par la requérante et d'autre part, sur la qualification de l'attributaire provisoire au regard des exigences financières prévues au dossier d'appel d'offres.

➢ Sur la non application des rabais consentis par la requérante

Considérant que suivant la clause 14.4 susvisée du DAO, le Candidat indiquera tout rabais inconditionnel et la méthode d'application dudit rabais dans la lettre de soumission de son offre ;

Considérant qu'en application de cette clause, la société INTEGRAL BTP Sarl a indiqué dans sa lettre de soumission consentir un rabais pour chacun des trois (03) lots assortis de la condition « si notre offre n'est pas la moins disante » ;

Considérant qu'à l'issue de l'évaluation des offres, la sous-commission a estimé que ces rabais sont soumis à des conditions qui sont de nature à rompre l'égalité de traitement des candidats et ne les a pas pris en compte au cours de l'évaluation des offres ;

Considérant que la requérante s'étonne de cette décision qu'elle conteste en arguant que les rabais consentis sont conformes aux prescriptions des clauses 14.1 et 14.4 des instructions aux candidats (IC) du DAO ;

Considérant que dans la réglementation des marchés publics, il n'existe que deux types de rabais que les soumissionnaires sont autorisés à consentir, les rabais inconditionnels régis par les clauses 14.1 et 14.4 précitées et les rabais conditionnels régis par la clause 33.5 des IC du dossier-type d'appel d'offres ;

Que s'agissant des rabais conditionnels prévus à la clause 33.5 des IC du DAO, ils ne sont en réalité applicables que lorsqu'il y a possibilité d'attribuer plusieurs lots à un même soumissionnaire suivant la combinaison d'offres la plus économiquement avantageuse pour l'autorité contractante ;

Considérant qu'en l'espèce, il est constant que les rabais proposés par la requérante ne sont pas des rabais conditionnels d'autant plus qu'ils ne sont pas consentis suivant la logique d'une combinaison pour l'attribution de lots multiples mais subordonnent leur application à la condition que l'offre de la requérante ne soit pas moins disante ; qu'ainsi, ces rabais ne répondent de toute évidence pas au critère du rabais conditionnel ci-dessus ni à celui du rabais inconditionnel ;

Qu'en conditionnant l'application de ses rabais à l'hypothèse que son offre ne soit pas moins disante, la requérante se procure de façon anticoncurrentielle un avantage sur les autres soumissionnaires qui lui permet d'influer sur les résultats de l'évaluation financière en inversant la tendance, au cas où elle n'est pas moins disante, pour le devenir suite à l'application du rabais et être attributaire à l'issue de l'évaluation ;

Que vis-à-vis de l'autorité contractante et au détriment du principe d'économie, la requérante conserve même la chance de devenir attributaire à un prix plus élevé, s'il s'avérait qu'elle est le seul soumissionnaire conforme, puisque le rabais n'est censé s'appliquer qu'au cas où elle n'est pas moins disante.

Considérant qu'il est certain que l'application des rabais dont s'agit ferait non seulement entorse au principe de concurrence et d'égalité de traitement des candidats, mais aussi constituerait une entrave au principe d'économie dans la mesure où l'autorité contractante pourrait être amenée à attribuer les lots concernés à la requérante sans même pouvoir profiter des rabais consentis ;

Considérant que la pratique de tels rabais qui constitue une violation des principes fondamentaux de la commande publique est prohibée ;

Que dès lors qu'il est établi que ces rabais ne sont pas conformes à la réglementation des marchés publics en vigueur, il convient de dire que c'est à tort que la requérante reproche à la sous-commission d'analyse d'avoir refusé de les prendre en compte dans l'évaluation des offres ; que ce grief n'est pas fondé et ne saurait prospérer ;

➢ **Sur la situation financière de l'attributaire provisoire**

Considérant que suivant l'annexe A Critères d'évaluation des données particulières de l'appel d'offres, il est exigé de chaque candidat, entre autres, les états financiers certifiés des trois (03) dernières années et une moyenne annuelle de chiffre d'affaires de la même période au moins égale à 0,5 fois le montant de l'offre financière du soumissionnaire ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction du dossier que l'appel d'offres susmentionné a été lancé le 10 août 2017 ;

Qu'en se référant à cette date, les trois dernières années à considérer dans l'appréciation du chiffre d'affaires des soumissionnaires concernent les exercices 2016, 2015 et 2014 ;

Considérant qu'il découle de ce qui précède qu'au lieu de produire les états financiers et les chiffres d'affaires des années sus-indiquées, la société GTBTP Sarl a produit dans son offre ceux des années 2015, 2014 et 2013 que la sous-commission d'analyse a pris en compte lors de l'évaluation des offres ;

Considérant qu'en sa qualité d'opérateur économique, la société GTBTP Sarl a l'obligation de produire ses états financiers de l'exercice 2016, au plus tard dans les six (06) mois de la clôture dudit exercice, soit à la fin du mois de juin 2017, conformément à l'article 140 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique du 30 janvier 2014 ;

Que pour preuve, l'examen du rapport d'évaluation a permis de constater que la plupart des soumissionnaires ont produit dans leurs offres les états financiers des exercices 2016, 2015 et 2014 sur la base desquels ils ont été évalués ;

Qu'ainsi, contrairement à la conclusion de la sous-commission d'analyse, il y a lieu de dire que la société GTBTP Sarl ne s'est pas conformée aux exigences du DAO ;

Qu'au regard de tout ce qui précède et sans qu'il ne soit besoin de statuer sur le moyen relatif à la non production de documents administratifs, il convient de déclarer le recours de la société INTEGRAL BTP Sarl partiellement fondé et d'ordonner l'annulation et la reprise de l'évaluation des offres ;

DECIDE :

1) Déclare le recours de la société INTEGRAL BTP Sarl partiellement fondé ;

2) Ordonne en conséquence l'annulation des résultats provisoires et la reprise de l'évaluation des offres relatives à l'appel d'offres sus-indiqué ;

3) Dit que la présente décision est immédiatement exécutoire nonobstant toutes voies de recours ;

4) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la société INTEGRAL BTP Sarl, à l'Office national des abattoirs et frigorifiques (ONAF), 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

Abeyeta DJENDA

Konaté APITA

Kuami Gaméli LODONOU