

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail-Liberté-Patrie



Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

**DECISION N° 093-2013/ARMP/CRD DU 07 MARS 2013
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DU GROUPE DEC SA
CONTESTANT LES RESULTATS PROVISOIRES DE L'APPEL D'OFFRES
OUVERT N° 125/MAEP/CAB/SG/CAGIA/PRMP DU 13 DECEMBRE 2012
DU MINISTERE DE L'AGRICULTURE, DE L'ELEVAGE ET DE LA PECHE
RELATIF A LA FOURNITURE D'ENGRAIS VIVRIERS
CAMPAGNE 2013-2014 (LOT N° 2)**

**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° 2011-145/PR du 16 septembre 2011 portant nomination des membres du Conseil de régulation ;

 

Vu le décret n° 2011-148/PR du 12 octobre 2011 portant nomination du Directeur général de l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) ;

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° 003/2012/ARMP/CR du 03 janvier 2012 portant nomination des membres du Comité de règlement des différends (CRD) ;

Sur le rapport du Directeur de la formation et des appuis assurant l'intérim du Directeur général de l'Autorité de régulation des marchés publics ;

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

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Adopte la présente décision fondée sur la régularité du recours ;

Par décision n° 089-2013/ARMP/CRD du 1^{er} mars 2013, le Comité de règlement des différends de l'ARMP a reçu le recours du GROUPE DEC SA en contestation des résultats provisoires de l'appel d'offres et a ordonné la suspension de la procédure d'attribution du lot n° 2 de l'appel d'offres ouvert sus-indiqué jusqu'au prononcé de la décision au fond.

Par lettre référencée n° 0753/ARMP/DG/CJ datée du 04 mars 2013, la direction générale de l'ARMP a réclamé à la personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante de lui transmettre la documentation utile à l'instruction du dossier.

Par bordereau n° 0230/MAEP/Cab/PRMP daté du 06 mars 2013 reçu le même jour au secrétariat du CRD à 09 H 36 min et enregistrée sous le numéro 0515, le ministère de l'agriculture, de l'élevage et de la pêche a fait parvenir au CRD les documents relatifs à l'instruction du recours.

LES FAITS

Le ministère de l'agriculture, de l'élevage et de la pêche a lancé l'appel d'offres ouvert n° 125/MAEP/CAB/SG/CAGIA/PRMP du 13 décembre 2012 pour la fourniture de trente-cinq mille (35 000) tonnes d'engrais vivriers pour le compte de la campagne agricole 2013-2014. Cet appel d'offres est réparti en deux (2) lots :

- Lot n° 1 : Fourniture de 23 000 tonnes d'engrais N P K 15 15 15 complexe ;
- Lot n° 2 : Fourniture de 12 000 tonnes d'urée 46% N.

 2

A la date limite de dépôt des offres, la Commission de passation des marchés publics (CPMP) du ministère de l'agriculture, de l'élevage et de la pêche a ouvert les offres présentées par sept (07) soumissionnaires : CIAT Sarl – MAMBO (SUISSE), ELISEE COTRANE S.A.U. NEGOCE, GROUPE DEC SA, TIMAC AGRO, GOODNESS COMMODITIES, OLAM INTERNATIONAL LIMITED et YARA SWITZERLAND Ltd.

A l'issue de l'évaluation des offres, la Commission de passation des marchés publics du ministère de l'agriculture, de l'élevage et de la pêche a déclaré attributaires provisoires les sociétés ci-après :

- Lot n° 1 : ELISEE COTRANE S.A.U. NEGOCE pour un montant de six milliards trois cent vingt-cinq millions (6 325 000 000) de francs CFA (Prix CAF sous palan) ;
- Lot n° 2 : GOODNESS COMMODITIES pour un montant de trois milliards deux cent quatre millions (3 204 000 000) de francs CFA (Prix CAF sous palan).

Après l'avis de non objection de la direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) donnée par lettre n° 0285/MEF/DNCMP du 11 février 2013, la personne responsable des marchés publics a, par lettre n° 0109/MAEP/CAB/PRMP datée du 11 février 2013, informé les soumissionnaires y compris le GROUPE DEC SA des résultats de l'évaluation de l'appel d'offres susmentionné.

Après avoir pris connaissance desdits résultats, le GROUPE DEC SA a, par lettre datée du 14 février 2013 adressée à la personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante, contesté les résultats provisoires de l'appel d'offres en recours gracieux ;

Par lettre n° 0166/MAEP/CAB/PRMP du 20 février 2013 et reçue le 22 février 2013, l'autorité contractante a rejeté le recours gracieux comme non fondé.

Non satisfait, le GROUPE DEC SA a déféré la décision de l'autorité contractante devant le Comité de règlement des différends.



LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

Le GROUPE DEC SA conteste les résultats provisoires du lot n° 2 de l'appel d'offres et soutient à l'appui de son recours :

- que le montant de son offre sur chacun des deux lots à l'ouverture des plis a, sous prétexte de « correction et ajustement », fait l'objet d'une augmentation de 83 695 000 FCFA sur le lot n° 2;
- que la manipulation des offres des autres soumissionnaires à la hausse et à la baisse au titre de la « correction et ajustement » sans précisions des éléments corrigés et ajustés a eu pour effet de modifier complètement la configuration des offres à l'ouverture et par conséquent le classement des montants des offres;
- qu'en réponse à son recours gracieux, l'autorité contractante a nié l'évidence même de la modification des montants des offres ;
- que l'autorité contractante s'oppose à toute appréciation de la transparence du processus en refusant de lui fournir le fondement des ajustements et corrections apportés aux offres des autres soumissionnaires ;
- qu'ainsi, il conteste la décision d'attribution des lots n° 1 et 2 du fait de la violation caractérisée de la réglementation relative aux marchés publics et délégations de service public
- que l'ajustement et la correction du montant des offres sur les deux lots ont été faits sans base légale, de manière autoritaire et unilatérale au mépris de la clause 30.3 des instructions aux candidats;
- que les éléments « ajustés et corrigés » n'ont pas été indiqués alors même que cette correction a eu pour effet de favoriser certains soumissionnaires, notamment la société ELISEE COTRANE S.A.U. NEGOCE en la faisant passer de la cinquième place dans l'ordre des offres conformes pour l'essentiel les moins disantes à l'ouverture des plis du lot n° 1 à la première place après correction et la société GOODNESS COMMODITIES de la troisième place à l'ouverture des plis du lot n° 2 à la première place ;

- que pour modifier de façon profonde les offres des plus importants soumissionnaires dont les offres sont conformes pour l'essentiel, l'autorité contractante aurait dû leur adresser une demande d'éclaircissements conformément à la clause 30 des instructions aux candidats ;
- que les vraies corrections arithmétiques n'ont pas été prises en compte conformément à la clause 30.3 des IC; que la correction de son offre par l'autorité contractante a consisté à multiplier son prix unitaire 263 695 F par une quantité erronée de 13 000 tonnes ($263\,695 \times 13\,000 = 3\,428\,035\,000$) alors que la sous-commission d'évaluation aurait dû rectifier les quantités qui sont supérieures de 1000 tonnes à celles prévues dans le dossier d'appel d'offres pour les ramener aux 12000 tonnes demandées ;
- qu'en multipliant le prix unitaire inchangé par la quantité prévue par le DAO, le montant total « après ajustement et correction » de son offre au lot n° 2 devrait être 3 164 345 532 F CFA donc déclarée la moins disante ;
- que le comité procède à la réattribution du lot n° 2 au GROUPE DEC SA ;
- que l'évaluation des offres ne respecte pas les principes fondamentaux de transparence et d'égalité qui caractérisent la commande publique ; qu'ainsi, l'autorité contractante aurait dû publier les éléments dont la correction et l'ajustement dans toutes les offres ont entraîné la modification des montants totaux qui déterminent le classement des offres et l'attribution du marché ;
- qu'en refusant de fournir ces éléments, l'autorité contractante fait obstruction à la transparence et à la juste information des soumissionnaires qui de leur qualité de concurrent ont le droit de connaître les éléments qui ont été pris en compte pour l'évaluation des offres ;
- qu'il sollicite qu'il soit fait injonction à la personne responsable des marchés publics de communiquer les éléments corrigés et ajustés de toutes les offres, afin de lui permettre de juger de leur objectivité, de leur transparence.



LES MOTIFS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

L'autorité contractante a déclaré l'offre du GROUPE DEC SA conforme pour l'essentiel mais non moins disante. Elle soutient :

- qu'au lot n° 1, la commission d'évaluation des offres a relevé certaines incohérences au niveau de l'offre du GROUPE DEC SA ; que les calculs du prix unitaires CAF Port de Lomé et du prix CAF sous palan sont erronés ; qu'au prix unitaire CAF port de Lomé, la partie décimale n'a pas été prise en compte ; que la correction du prix unitaire CAF port de Lomé permet d'avoir 275 502,461 FCFA au lieu de 275 502 F CFA ; qu'ainsi, le montant total de son offre CAF sous palan devient 6 336 556 603 F CFA au lieu de 6 681 546 000 F CFA, soit un écart de - 344 989 397 F CFA ;
- qu'aussi, dans sa lettre de soumission du lot n°1, la société ELISEE COTRANE a mis un prix CAF sous palan augmenté des frais de manutention et de transport aux magasins de la CAGIA ; qu'après correction des erreurs, la commission a considéré le prix CAF sous palan du bordereau des prix qui est de 6 325 000 000 F CFA, d'où l'écart de - 345 000 000 F CFA par rapport au montant lu à l'ouverture publique des offres ;
- que l'offre de la société GOODNESS COMMODITIES n'a subi aucune correction ni ajustement ;
- qu'au lot n° 2, les calculs du prix FOB Port de chargement et du prix CAF sous palan du GROUPE DEC SA sont erronés ; qu'au lieu de 2 840 148 000 F CFA et 3 344 340 000 F CFA, les prix FOB et CAF sous palan deviennent respectivement 3 076 827 000 F CFA et 3 428 040 993 F CFA (prix CAF sous palan), soit un écart de + 83 703 993 F CFA par rapport au prix lu à l'ouverture des offres ;
- que pour la société GOODNESS COMMODITIES, les calculs du prix FOB Port de chargement et du prix CAF sous palan sont erronés ; qu'au lieu de 3 124 560 000 F CFA (prix FOB) et 3 684 000 000 F CFA (prix CAF sous palan), ils deviennent plutôt 2 644 560 000 F CFA (prix FOB) et 3 204 000 000 F CFA, soit une erreur de - 480 000 000 F CFA sur le prix CAF sous palan ;



- qu'à la suite des recours gracieux des sociétés GROUPE DEC SA, ELISEE COTRANE S.A.U. NEGOCE, OLAM INTERNATIONAL LIMITED, elle a procédé à certaines vérifications qui ont révélé des erreurs dans l'offre financière du GROUPE DEC SA ; qu'il y a deux types d'erreurs au lot n° 2 ; que la commission d'évaluation a relevé les erreurs de calcul et l'erreur sur la quantité d'engrais qui lui ont échappé ; que le GROUPE DEC SA a pris la quantité de 13 000 tonnes d'urée au lieu de 12 000 tonnes comme prévue dans le DAO ; qu'après correction, son offre financière devient 3 164 345 532 F CFA au lieu de 3 428 040 993 F CFA ;
- que compte tenu de la légèreté du GROUPE DEC SA dans son chiffrage, elle n'a aucune certitude qu'elle ait une capacité requise pour lui livrer l'engrais de qualité et dans le délai requis ; que vu les nombreuses peines que les paysans ont endurées dans l'acquisition de l'engrais en 2012 et eu égard au démarrage des pluies sur toute l'étendue du territoire, ce serait grave de lui attribuer ce marché ;
- que dans sa lettre de soumission, la société ELISEE COTRANE a mis un prix CAF sous palan augmenté des frais de manutention et de transport aux magasins de la CAGIA ; qu'elle a aussi utilisé une quantité de 13 000 tonnes au lieu de 12000 tonnes comme prévue dans le DAO ; qu'après correction des erreurs, son offre financière devient 2 976 000 000 F CFA au lieu de 3 484 000 000 F CFA ; qu'étant moins disante, elle devait être attributaire ; mais que compte de la clause qui stipule qu'aucun soumissionnaire ne peut être attributaire de plus d'un lot, le deuxième lot ne peut lui être attribué ;
- que la société OLAM INTERNATIONAL LIMITED a été éliminée pour n'avoir présenté une attestation bancaire qui n'indique pas le montant de la ligne de crédit et dont la banque émettrice n'assume aucune responsabilité ou obligation pour les informations et déclarations contenues dans ladite attestation ;
- qu'en conclusion, l'offre de la société GOODNESS COMMODITIES est la mieux indiquée par son département pour la fourniture de l'engrais urée dans les délais aux fins d'éviter les conséquences d'une livraison tardive.



OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur la régularité des corrections et ajustements opérés par l'autorité contractante sur les offres financières des soumissionnaires.

EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

Considérant que conformément au point 2 de l'avis d'appel d'offres, les soumissionnaires doivent livrer pour les deux lots les quantités suivantes d'engrais :

- Lot n° 1 : Vingt-trois mille (23 000) tonnes d'engrais NPK 15.15.15 complexe ;
- Lot n° 2 : Douze mille (12 000) tonnes d'engrais d'Urée 46% N ;

Considérant que dans sa lettre de soumission datée du 14 janvier 2013, le soumissionnaire GROUPE DEC SA s'est engagé à fournir les quantités précitées d'engrais aux prix de :

- Lot n° 1: 6.681.546.000 F CFA
- Lot n° 2: 3.344.340.000 F CFA

Considérant que suivant le procès-verbal d'ouverture des offres, les montants proposés par le requérant GROUPE DEC SA et lus publiquement correspondent à ceux indiqués dans ses lettres de soumission ;

Considérant que lors de l'analyse des offres, la sous-commission d'analyse a déclaré avoir décelé des erreurs arithmétiques dans les offres financières des deux lots du GROUPE DEC SA et a procédé à leur correction ; qu'ainsi, l'offre financière de ce dernier est devenue 3.428.040.993 F CFA pour le lot n° 2 ;

Considérant qu'aux termes de la clause 30.3 des instructions aux candidats, « Si une offre est conforme pour l'essentiel, l'Autorité contractante rectifiera les erreurs arithmétiques ;

Considérant que, pour le compte du lot n° 2, la quantité d'engrais Urée 46 % N sollicitée est de 12 000 tonnes ;

Considérant que sur le bordereau des prix contenu dans son offre, le soumissionnaire GROUPE DEC SA a indiqué 13.000 tonnes d'engrais d'urée 46 % (N) au lieu de 12.000 tonnes ; qu'il est constant que la quantité proposée dépasse de 1000 tonnes celle recherchée par le ministère de l'agriculture, de l'élevage et de la pêche ;



Considérant qu'en application de la clause 30.3 précitée, dès lors que la quantité d'engrais préconisée par le soumissionnaire GROUPE DEC SA ne correspond pas à celle indiquée dans le dossier d'appel d'offres, l'autorité contractante est tenue de redresser voire de corriger la proposition à la hausse ou à la baisse suivant les cas ;

Qu'en l'espèce, la quantité d'engrais à prendre en considération dans l'offre du soumissionnaire GROUPE DEC SA doit être ramenée à 12 000 tonnes d'engrais ;

Considérant que dans sa lettre datée du 14 février 2013, en réponse au recours gracieux introduit par le GROUPE DEC SA, la personne responsable des marchés publics a reconnu que le surplus de 1 000 tonnes d'engrais sur la quantité proposée par le requérant GROUPE DEC SA a échappé à la sous-commission d'évaluation ; qu'en défalquant ce surplus, l'offre financière du requérant GROUPE DEC SA devrait être de trois milliards cent soixante-quatre millions trois cent quarante-cinq mille cinq cent cinquante-deux (3.164.345.532) francs CFA au lieu de trois milliards quatre cent vingt-huit millions quarante mille neuf cent quatre-vingt-treize (3.428.040.993) francs CFA ;

Considérant qu'au lieu de tenir compte de cette erreur pour savoir si elle a une incidence sur les résultats de l'attribution provisoire effectuée, l'autorité contractante a prétendu que « **compte tenu de la légèreté de la société GROUPE DEC SA dans son chiffrage, nous n'avons aucune certitude qu'elle ait la capacité requise de nous livrer l'engrais de qualité et dans le délai requis** » ;

Considérant par ailleurs que dans la lettre suscitée, la personne responsable des marchés publics a mentionné que s'agissant de l'offre de la société ELISEE COTRANE, elle a indiqué 13.000 tonnes d'engrais Urée au lieu de 12.000 tonnes indiquées dans le dossier d'appel d'offres ; que l'erreur de calcul et de la quantité d'engrais a été corrigée ;

Qu'en dépit de cette erreur de calcul, la société ELISEE COTRANE a été désignée attributaire du lot n° 1 sans que cela n'ait entraîné un doute sur sa capacité à livrer les engrais ;

Que de même, des erreurs de calcul ont même été décelées dans l'offre du soumissionnaire GOODNESS COMMODITIES sans que cela ait préjudicié à sa désignation comme attributaire du lot n° 2 ;



Considérant d'une part que sur la qualité d'engrais, la fiche de spécifications techniques des produits contenue dans le dossier d'appel d'offres donne une description détaillée des caractéristiques de l'engrais Urée à savoir, le taux d'azote, le taux admissible maximum des substances toxiques, le taux maximum d'humidité, la couleur, la forme et l'emballage ;

Qu'il est demandé à chaque soumissionnaire de remplir ladite fiche en y insérant la description détaillée de l'engrais qu'il propose ;

Considérant que seule une comparaison entre les caractéristiques des engrais sollicités avec celle des engrais proposés peut permettre de se prononcer sur leur qualité ; que tout autre critère serait considéré indéniablement comme un élément extérieur aux clauses préalablement définies dans le dossier d'appel d'offres et fausserait l'évaluation des offres ;

Considérant d'autre part que dans le dossier d'appel d'offres, le délai de livraison au plus tôt est fixé à 45 jours et au plus tard à 60 jours ;

Considérant que dans son offre, le soumissionnaire GROUPE DEC SA a offert de livrer les engrais dans un délai de 45 jours, ce qui correspond au délai plus tôt prévu par le dossier d'appel d'offres ; que rien ne justifie le doute qui pourrait animer l'autorité contractante sur un éventuel non-respect du délai de livraison par le requérant ; que cet argument est dépourvu de tout fondement objectif ;

Que même en admettant qu'un attributaire en vienne à ne pas respecter le délai de livraison, les pénalités prévues dans le dossier d'appel d'offres doivent lui être appliquées ;

Considérant que dès lors que les corrections des offres sont admises par le dossier d'appel d'offres dont s'agit, elles doivent être appliquées à toutes les offres qui comporteraient des erreurs ; qu'en refusant de l'appliquer à certaines offres, l'autorité contractante a rompu l'un des principes cardinaux des marchés publics à savoir l'égalité de traitement des candidats ; qu'ainsi, c'est à tort que l'autorité contractante se refuse de tirer les conséquences des erreurs corrigées ;

Qu'au regard de tout ce qui précède, l'autorité contractante a violé les dispositions de la clause 30.3 des instructions aux candidats du dossier d'appel d'offres ;



Qu'en conséquence, les résultats de l'évaluation obtenus sont entachés d'irrégularité ; qu'il convient d'ordonner l'annulation desdits résultats et la reprise de l'évaluation;

DECIDE :

- 1) Déclare le recours du GROUPE DEC SA fondé ;
- 2) Ordonne en conséquence l'annulation de l'attribution provisoire du marché de l'appel d'offres sus-référencé ;
- 3) Ordonne également la reprise de l'évaluation des offres en prenant en considération la quantité de 12.000 tonnes d'engrais pour tous les soumissionnaires ;
- 4) Dit que la présente décision est immédiatement exécutoire nonobstant toutes voies de recours ;
- 5) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier au GROUPE DEC SA, au ministère de l'agriculture, de l'élevage et de la pêche, 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



Kuami Gaméli LODONOU

Pour le Directeur Général absent,
Le Directeur de la formation et des
appuis techniques et p.i

Le Rapporteur



Yakouba Yawouvi AGBAN