

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail-Liberté-Patrie



Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

**DECISION N° 095-2015/ARMP/CRD DU 23 DECEMBRE 2015
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN FORMATION LITIGES SUR LA SAISINE DE LA COMPAGNIE
ENERGIE ELECTRIQUE DU TOGO (CEET) EN CONTESTATION DE L'AVIS
DEFAVORABLE DE LA DIRECTION NATIONALE DU CONTROLE DES
MARCHES PUBLICS DE DONNER SON AVIS DE NON OBJECTION SUR
LES RESULTATS PROVISOIRES DE L'APPEL D'OFFRES
INTERNATIONAL N° 003/DPI/PRMP/DG/CEET/2015 DU 08 JUILLET 2014
POUR LA FOURNITURE ET LA POSE DE MATERIELS DE
RESEAUX MOYENNE ET BASSE TENSION**

**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) ;

Vu la requête de la Compagnie Energie Electrique du Togo (CEET) datée du 16 novembre 2015 et enregistrée le même jour au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 2913 ;

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 la recevabilité du recours ;

Par lettre n° 177/CPMP/PRMP/CEET/2015 datée du 16 novembre 2015 et enregistrée le même jour au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 2913, la CEET a introduit un recours en contestation de l'avis défavorable de la Direction nationale du contrôle des marchés publics sur le rapport d'évaluation des offres de l'appel d'offres n° 003/DPI/PRMP/DG/CEET/2015 du 08 juillet 2014.

Par lettre n° 2825/ARMP/DG/DRAJ du 26 novembre 2015, la Direction générale de l'ARMP a réclamé à la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) de produire son mémoire s'il y a lieu dans le cadre de l'instruction du dossier.

SUR LA RECEVABILITE

Considérant que suivant l'article 19 alinéa 2 du décret n° 2009-295/PR du 30 décembre 2009 portant missions, attributions, organisation et fonctionnement de la direction nationale du contrôle des marchés publics, « En cas d'avis défavorable ou de rejet de la demande d'autorisation, l'autorité contractante peut saisir le Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics conformément à la réglementation en vigueur » ;

Considérant que l'article 128 du décret n° 2009-277/PR du 11 novembre 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public dispose que « Le comité de règlement des différends est également compétent pour statuer sur les recours opposant une ou plusieurs entités administratives de passation ou de contrôle des marchés publics. Il est saisi dans un délai de cinq jours ouvrables soit à compter de la date de la décision faisant grief, soit, dans ce même délai, en l'absence de réponse de l'entité administrative saisie d'une réclamation. Il rend sa décision dans le délai défini à l'article 125 du présent décret » ;

Considérant que suivant l'alinéa 4 de l'article 16 du décret n° 2009-95/PR du 30 décembre 2009 portant missions, attributions, organisation et fonctionnement de la Direction nationale du contrôle des marchés publics, celle-ci dispose d'un délai de quinze (15) jours à compter de la délivrance de l'accusé de réception pour se prononcer sur tout dossier dont elle est saisie ;

Considérant qu'il résulte des faits évoqués ci-après que par courrier référencé n° 066/PRMP/DG/CEET/2015 du 22 octobre 2015 reçu le même jour, la Compagnie Energie Electrique du Togo (CEET) a sollicité l'avis de non objection de la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) sur le rapport d'évaluation des offres relatives à l'appel d'offres susmentionné ;

Que n'ayant pas obtenu de réponse à sa requête, elle a, par courrier n° 177/CPMP/PRMP/CEET/2015 datée du 16 novembre 2015, saisi le CRD pour contester le refus de la Direction nationale du contrôle des marchés publics de donner son avis de non objection sur le rapport d'évaluation des offres de l'appel d'offres susmentionné ;

Considérant que le délai prescrit à l'article 128 précité du code des marchés publics est un délai franc et par conséquent commence à courir à compter de la date de la notification de la décision faisant grief ou en l'absence de réponse dans le délai où l'organe de contrôle compétent aurait dû répondre ; que ce délai commence à courir à compter du 09 novembre 2015 à 00 heure pour expirer le 13 novembre 2015 à 00 heure ;

Considérant que le recours de la Compagnie Energie Electrique du Togo (CEET) daté du 16 novembre 2015 est enregistré le même jour au secrétariat du CRD ; qu'en introduisant ainsi son recours après l'expiration du délai prévu à l'article 128 précité du code des marchés publics, la Compagnie Energie Electrique du Togo (CEET) a agi hors délai prescrit ; qu'ainsi, ce recours est irrecevable ;



3

Considérant toutefois qu'aux termes de l'article 24 de la loi n° 2009-013 du 30 juin 2009 relative aux marchés publics et délégations de service public, « sur le fondement des informations recueillies dans l'exercice de ses missions ou de toutes informations communiquées par des autorités contractantes, des candidats, soumissionnaires ou des tiers, l'autorité de régulation des marchés publics peut se saisir d'office, à la demande de son Président ou du tiers de ses membres et statuer sur les irrégularités, fautes et infractions constatées » ;

Considérant que suivant les dispositions de l'article 29 nouveau du décret n° 2011-182/PR du 28 décembre 2011 modifiant le décret n° 2009-296/PR du 30 décembre 2009 portant missions, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics, le Comité de règlement des différends peut recevoir les dénonciations des irrégularités constatées par les parties intéressées ou faites par toute autre personne avant, pendant et après la passation ou l'exécution des marchés publics et délégations de service public ;

Que si ces faits caractérisent des violations de la réglementation relative à la passation des marchés publics, le Président du CRD saisit le comité soit en formation litiges, soit en formation disciplinaire selon les cas ;

Qu'en application de cette disposition, Madame le Président du CRD a saisi la formation litiges aux fins de statuer sur les irrégularités constatées dans l'attribution des marchés ;

Que ce recours n'étant enfermé dans aucun délai, il y a lieu de le déclarer recevable.

LES FAITS

Le Gouvernement a obtenu auprès de la Banque d'Investissement et de Développement de la CEDEAO (BIDC) sur une ligne de crédit indienne, un prêt pour le financement du projet de renforcement de la capacité de distribution de l'énergie électrique dans les grandes villes du Togo.

C'est dans ce cadre que la Compagnie Energie Electrique du Togo (CEET) a, en sa qualité de maître d'ouvrage délégué et conformément à l'accord de crédit, lancé le 08 juillet 2015 l'appel d'offres international n° 003/DPI/PRMP/DG/CEET/2015 pour la fourniture et la pose de matériels de réseaux moyenne et basse tension à Aného, Kpalimé, Atakpamé, Sokodé, Kara et Dapaong.

Conformément à l'accord de crédit, seules des entreprises indiennes ont été invitées à soumissionner.



4

Les prestations, objet dudit appel d'offres sont constituées en trois (03) lots et concernent la construction de lignes MT, de postes MT/BT et de réseaux de distribution BT dans les villes suscitées.

A la date limite de dépôt des offres fixée au 02 juin 2015, la commission de passation des marchés publics (CPMP) de la CEET a reçu et ouvert les offres présentées par sept (07) entreprises indiennes dont LUCKY EXPORTS INDIA et ANGELIQUE INTERNATIONAL LIMITED.

Après l'évaluation des offres, la Commission de passation des marchés publics de la CEET a déclaré attributaires provisoires les soumissionnaires ci-après :

- LUCKY EXPORTS INDIA, pour un montant hors taxes (HT) de deux millions sept cent vingt-cinq mille sept cent quatre-vingt-dix-neuf virgule zéro un (2 725 799,01) dollars US, soit un milliard six cent vingt et un millions cent quatre-vingt-seize mille deux cent dix-neuf virgule dix-neuf (1 621 196 219 ,19) francs CFA (lot n° 1) ;
- LUCKY EXPORTS INDIA, pour un montant hors taxes (HT) de trois millions cent quatre-vingt-seize mille six cent quarante-sept virgule vingt-huit (3 196 647,28) dollars US, soit un milliard neuf cent un millions deux cent trente-sept mille neuf cent trente-six virgule vingt-cinq (1 901 237 936,25) francs CFA (lot n° 2);
- ANGELIQUE INTERNATIONAL LIMITED, pour un montant hors taxes (HT) de trois millions trois cent soixante-treize mille cent trente-sept virgule quatre-vingt-dix-sept (3 373 137,97) dollars US, soit un milliard neuf cent quarante-six millions sept cent trente et un mille cinq cent trente-neuf virgule zéro quatre (1 946 731 539,04) francs CFA (lot n° 3).

Par lettre n° 044/CPMP/PRMP/CEET/2015 du 20 juillet 2015, la CEET a soumis les résultats provisoires de l'évaluation des offres à l'avis de non objection de la DNCMP qu'elle a obtenu par courrier n° 1949/MEFPD/DNCMP/DAJ en date du 30 juillet 2015.

Par la suite, la CEET a été saisie par le ministère de l'économie, des finances et de la planification du développement d'une lettre anonyme dénonçant la régularité de la procédure d'attribution des lots n° 1 et n° 2.

Faisant suite à cette lettre, la CEET a retransmis l'ensemble du dossier à la DNCMP pour une ultime vérification de la procédure d'attribution.

Après un réexamen du rapport d'évaluation des offres, la DNCMP a fait observer à la CEET que l'attestation de non faillite fournie par l'entreprise LUCKY EXPORTS INDIA, attributaire des lots n° 1 et n° 2 a été établie par une



Handwritten signatures in blue ink and a small box containing the number 5.

banque, Syndicate Bank, et non par une juridiction compétente du pays d'origine de la société comme il est de règle dans la législation togolaise.

Elle a, en outre joint, à sa lettre une copie partielle d'un rapport datant d'avril 2012 portant sur des réserves importantes émises sur certains équipements médico-techniques livrés en 2010 par la même entreprise au ministère de la santé pour le compte des centres hospitaliers régionaux et des formations sanitaires.

Tirant conséquence de ce qui précède, la DNCMP a donc, par lettre n° 2176/MEFPD/DNCMP/DAJ du 28 août 2015, annulé son avis de non objection et a demandé à la commission d'analyse de la CEET de reprendre l'évaluation en prenant en compte ses observations.

Dans sa lettre réponse n° 061/CPMP/PRMP/CEET/2015 du 18 septembre 2015, la CEET a fait ressortir qu'après vérification des offres, aucun des soumissionnaires n'a fourni d'attestation de non faillite délivrée par la juridiction compétente et a demandé à la DNCMP de bien vouloir l'autoriser à inviter tous les soumissionnaires à fournir des attestations de non faillite provenant d'une juridiction compétente tel qu'exigé au dossier d'appel d'offres.

En réponse, la DNCMP a, par courrier n° 2455/MEFPD/DNCMP/DAJ du 28 septembre 2015, fait constater qu'aucun soumissionnaire n'a fourni d'attestation de non faillite délivrée par une juridiction et a invité la CEET à s'assurer que les institutions qui ont délivré les attestations de non faillite à ces soumissionnaires y sont habilitées, tout en réitérant ses observations concernant les réserves importantes émises sur certains équipements médico-techniques livrés en 2010 par la société LUCKY EXPORTS INDIA, lesquelles réserves ne sont pas levées jusqu'à ce jour.

Dans l'analyse des offres, la CEET a constaté que le DAO ne dispose d'aucun critère d'exclusion liés à la mauvaise exécution de marchés antérieurs et a par courrier n° 066/PRMP/DG/CEET/2015 du 22 octobre 2015, sollicité auprès de la DNCMP l'autorisation de poursuivre la procédure en attendant qu'une séance de clarification ait lieu avec les attributaires provisoires en vue d'obtenir plus de garanties quant à la bonne exécution du marché.

N'ayant pas obtenu de réponse à cette demande, la CEET a, par lettre n° 177/CPMP/PRMP/CEET/2015 datée du 16 novembre 2015 saisi le CRD pour contester le refus de la Direction nationale du contrôle des marchés publics de donner son avis de non objection sur le rapport d'évaluation des offres de l'appel d'offres susmentionné.



6

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

La CEET conteste les motifs de l'annulation de la lettre de la DNCMP accordant son avis de non-objection sur le rapport d'évaluation des offres relatives à l'appel d'offres susmentionné et soutient à l'appui de son recours :

- qu'elle violerait l'article 57 du code des marchés publics en prenant en considération les observations relatives au marché du ministère de la santé dans la mesure où le dossier d'appel d'offres ne contient aucune clause concernant l'exécution des marchés antérieurs ;
- que le DAO ne contenant aucune clause concernant l'exécution des marchés antérieurs, elle ne saurait donner une base légale à son choix en excluant l'entreprise LUCKY EXPORTS INDIA de l'attribution du marché ;
- qu'enfin, elle ne saurait se substituer à l'ARMP qui est seule institution habilitée à exclure ou interdire un candidat à participer à un appel d'offres.

LES MOTIFS DE L'ORGANE DE CONTRÔLE

La DNCMP a réitéré ses observations contenues dans sa lettre annulant son avis de non objection, elle relève :

- que les autorisations de fabricants fournies par l'entreprise LUCKY EXPORTS INDIA sont en anglais alors que les documents essentiels de l'offre devraient être traduits en français ;
- que l'attestation de non faillite contenue dans l'offre de ladite entreprise a été établie par une banque au lieu d'une juridiction compétente de son pays d'origine ;
- qu'en 2010, l'entreprise LUCKY EXPORTS INDIA, attributaire des lots n° 1 et n° 2 dans le cadre du présent appel d'offres, s'est montrée défaillante dans l'exécution du marché relatif à la fourniture et à l'installation des équipements médico- techniques pour le compte du ministère de la santé ;
- qu'en effet, suivant un rapport établi en avril 2012 par le ministère de la santé, les matériels livrés relativement au marché ci-dessus comportent beaucoup de défaillances, ce qui a conduit la commission de réception à émettre des réserves importantes quant à leur fonctionnalité.

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur la qualification du soumissionnaire LUCKY EXPORTS INDIA par rapport aux exigences du dossier d'appel d'offres et à l'exécution de marchés antérieurs.

EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

Considérant que la direction générale de la CEET reproche à la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP), de lui exiger la prise en compte des marchés antérieurs dans l'évaluation de l'offre du soumissionnaire LUCKY EXPORTS alors que le dossier d'appel d'offres ne renferme aucune clause relative aux marchés antérieurs non exécutés ;

Considérant qu'à l'analyse du dossier d'appel d'offres, celui-ci ne contient effectivement aucun critère ou sous critères relatifs aux faits liés aux marchés antérieurs des soumissionnaires ;

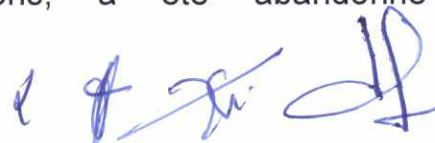
Considérant que suivant les dispositions de l'article 57 du code des marchés publics, comme le soutient la CEET, l'évaluation des offres se fait sur la base de critères économiques, financiers et techniques, mentionnés dans le dossier d'appel d'offres, afin de déterminer l'offre conforme évaluée la moins disante ;

Considérant que pour refuser son avis favorable à la CEET, la DNCMP se fonde sur du marché antérieur attribué à la société LUCKY EXPORTS INDIA depuis 2009 et qui n'a pas été bien exécuté et par conséquent n'a pas fait l'objet de réception provisoire ;

Considérant qu'il est constant, après vérifications effectuées, que le marché relatif à la fourniture et à l'installation des équipements médico-techniques dans les structures sanitaires a connu des difficultés d'exécution ; que les ordres de démarrage de service ont été délivrés le 27 juillet 2009 pour un délai d'exécution de huit (08) mois pour ce qui concerne l'acquisition et l'installation d'équipements ; qu'à la date du 08 juillet 2014, date de lancement de la procédure de passation initiée par la CEET, ce marché d'équipements médicaux n'a pas été achevé ; que c'est seulement courant mois de septembre 2015 qu'il a été procédé à sa réception provisoire ;

Que chose surprenante, cette réception provisoire des équipements n'est intervenue qu'après la rétractation par la DNCMP le 28 aout 2015 de son avis de non objection ;

Qu'il se déduit que le marché de fournitures d'équipements médicaux, en dépit de son envergure, de son coût et de l'intérêt qu'il représente pour les bénéficiaires, notamment les populations, a été abandonné par

 8

LUCKY EXPORTS INDIA ; que n'eût été la rétractation par la DNCMP de son avis de non objection qui devrait avoir pour corollaire le rejet de son offre, elle n'aurait pas achevé la fourniture des équipements pour qu'il y ait réception provisoire quatre ans après la fin probable ;

Considérant qu'il est vrai qu'aussi bien le marché conclu avec le ministère de la santé que celui de la CEET est financé par un prêt consenti au gouvernement togolais par l'Etat indien et est exclusivement réservé aux entreprises de droit indien ;

Qu'en l'espèce, au-delà des autorités contractantes, les structures de contrôle et de régulation que sont la DNCMP et l'ARMP sont également préoccupées par des procédures de passation déclinées par celles-ci pour la satisfaction des besoins des bénéficiaires, qu'elles ne sauraient laisser le système de passation des marchés publics être exposé à des agissements qui compromettent son efficacité ;

Que si rien n'est fait pour assurer la bonne passation et la bonne exécution du marché concerné, le dysfonctionnement qui en découlera est susceptible de ralentir les efforts consentis par les pouvoirs publics pour étendre et garantir la couverture énergétique au profit de la population et de saigner davantage les contribuables à travers le remboursement de prêt qui n'aura pas permis la satisfaction de leurs besoins ;

Qu'au regard de tout ce qui précède, l'avis de la DNCMP consistant à prendre en compte la non-exécution du marché antérieur par la société LUCKY EXPORTS INDIA est justifié et qu'il convient d'ordonner à l'autorité contractante de s'y conformer ;

DECIDE :

- 1) Déclare le recours de la CEET irrecevable pour cause de forclusion ;
- 2) Reçoit la saisine de Madame le Président du Comité de règlement des différends ;
- 3) Dit que l'avis de la DNCMP demandant la prise en compte du marché antérieur d'acquisition d'équipements médico-techniques de LUCKY EXPORTS INDIA est justifié ;
- 4) Ordonne à l'autorité contractante de se conformer aux recommandations de la direction nationale du contrôle des marchés publics ;
- 5) Dit que la présente décision est immédiatement exécutoire nonobstant toutes voies de recours ;



9

- 6) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la CEET et 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