

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail-Liberté-Patrie



Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

**DECISION N° 097-2017/ARMP/CRD DU 28 DECEMBRE 2017
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
FORMATION LITIGES SUR LES RECOURS DE LA SOCIETE
ESE2i SARL ET DE LA SOCIETE TRANS EURO-AFRIKA (STEA) SARL
CONTESTANT LES RESULTATS PROVISOIRES DE L'APPEL D'OFFRES
INTERNATIONAL N° 022/PPM/2017/MSPS/CAB/SG/PRMP/PASMIN DU
20 JUIN 2017 DU MINISTERE DE LA SANTE ET DE LA PROTECTION
SOCIALE RELATIF A LA FOURNITURE, L'INSTALLATION ET LA MISE
EN SERVICE DE HUIT (08) INCINERATEURS CONVENTIONNELS AVEC
ABRIS POUR LE PROJET D'APPUI AUX SERVICES DE SANTE
MATERNELLE ET INFANTILE ET DE NUTRITION (PASMIN)
(LOTS N° 1 et 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° 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 ESE2I-DIR/ARMP/2017/060 du 21 novembre 2017 de la société ESE2i Sarl, enregistrée le même jour au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 3095 ;

Vu la requête n° 444/DG/STEAA/17 du 28 novembre 2017 de la Société Trans Euro-Afrika (STEAA) Sarl, enregistrée le 1^{er} décembre 2017 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 3145 ;

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 de la société STEAA Sarl et le bien-fondé de ce recours ensemble avec celui de la société ESE2i Sarl ;

Par décision n° 093-2017/ARMP/CRD du 27 novembre 2017, le Comité de règlement des différends de l'ARMP a reçu le recours de la société ESE2i Sarl et a ordonné la suspension de l'appel d'offres sus-indiqué jusqu'au prononcé de la décision au fond.

Par lettres n° 3278/ARMP/DG/DRAJ et n° 3321/ARMP/DG/DRAJ des 28 novembre et 06 décembre 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 lettre n° 3322/ARMP/DG/DRAJ du 06 décembre 2017, la Direction générale de l'ARMP a notifié la décision de suspension susmentionnée à la société STEAA Sarl.

Par bordereau d'envoi n° 729/2017/MSPS/CAB/PRMP du 05 décembre 2017 et par correspondance datée du 13 décembre 2017, reçus les mêmes jours au secrétariat du CRD et enregistrés sous les numéros 3168 et 3217, le ministère de la santé et de la protection sociale a fait parvenir à l'ARMP la documentation ainsi réclamée.



SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS DE LA SOCIETE TRANS EURO-AFRIKA (STEA) SARL

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 » ;

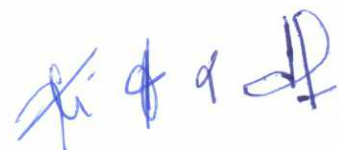
Considérant qu'il résulte des faits que la Personne responsable des marchés publics du ministère de la santé et de la protection sociale a, le 14 novembre 2017, informé la Société trans euro-afrika (STEA) Sarl des résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné et corrélativement du rejet de son offre ;

Considérant que par lettre n° 437/DG/STEA/17 du 16 novembre 2017 adressée à la personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante et reçue le 17 novembre 2017, à la société STEA Sarl a contesté les résultats provisoires par un recours gracieux ;

Considérant que l'autorité contractante a, par lettre n° 1568/2017/MSPS/CAB/PRMP du 24 novembre 2017, rejeté le recours gracieux introduit par la requérante comme non fondé ;

Que non satisfaite, à la société STEA Sarl a, par lettre n° 444/DG/STEA/17 du 28 novembre **2017**, saisi le Comité de règlement des différends pour contester le rejet de son offre ;

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 l'autorité contractante aurait dû répondre ; que la décision de rejet du recours gracieux étant notifiée à la requérante le 24 novembre 2017, ce délai commence à courir à compter du 27 novembre 2017 à 00 heure pour expirer le 1^{er} décembre 2017 à 23 heures 59 minutes ;



Considérant que le recours de la Société trans euro-afrika (STEA) Sarl est enregistré le 1^{er} décembre 2017 à 08 heures 30 minutes au secrétariat du CRD ; qu'en introduisant ainsi son recours avant l'expiration du délai prévu à l'article 125 du décret susvisé, la société STEA Sarl a agi dans le délai prescrit ;

Qu'en conséquence, il y a lieu de déclarer son recours recevable.

SUR LA JONCTION DES RECOURS

Considérant que les recours de la Société trans euro-afrika (STEA) Sarl et de la société ESE2i Sarl sont dirigés contre la même autorité contractante et portent sur le même appel d'offres ; qu'ainsi, dans l'intérêt d'une bonne administration desdits recours, il y a lieu d'ordonner leur jonction pour qu'il soit statué par une seule et même décision.

LES FAITS

Le ministère de la santé et de la protection sociale a lancé le 20 juin 2017, l'appel d'offres international n° 022/PPM/2017/MSPS/CAB/SG/PRMP/PASMIN relatif à la fourniture, l'installation et la mise en service de huit (08) incinérateurs conventionnels avec abris pour le projet d'appui aux services de santé maternelle et infantile et de nutrition (PASMIN) réparti en deux lots comme suit :

- lot n° 1 : fourniture, installation et mise en service de huit (08) incinérateurs conventionnels ;
- lot n° 2 : construction des abris pour les huit (08) incinérateurs conventionnels.

A la date limite de dépôt des offres fixée au 11 août 2017, la commission de passation des marchés publics du ministère de la santé et de la protection sociale a reçu et ouvert treize (13) offres dont celles des sociétés ESE2i Sarl et STEA Sarl.

A l'issue de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a déclaré attributaire provisoire du lot n° 1, la société TONEGE Sarl pour un montant hors taxes hors douanes de 268 800 000 francs CFA, soit un montant toutes taxes comprises de 380 620 800 francs CFA.

Le lot n° 2 a été annulé en raison de l'indisponibilité de ressources pour le financement du marché y relatif, suite à l'importance du gap financier constaté entre le montant prévisionnel et l'offre financière du soumissionnaire déclaré conforme pour l'essentiel.



Après l'avis de non objection de la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) donné par lettre n° 3202/MEF/DNCMP/DDCI du 06 novembre 2017, la Personne responsable des marchés publics du ministère de la santé et de la protection sociale a, le 14 novembre 2017, informé respectivement les soumissionnaires ESE2i Sarl et STEA Sarl des résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné et corrélativement du rejet de leurs offres.

Non satisfaite, la société ESE2i Sarl a, par lettre datée du 21 novembre 2017, saisi le Comité de règlement des différends pour contester les résultats de l'appel d'offres sus-indiqué.

Parallèlement, la société STEA Sarl a, par lettre adressée à la personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante le 17 novembre 2017, contesté les résultats provisoires par un recours gracieux.

Suite au rejet dudit recours, la société STEA Sarl a, par lettre datée du 28 novembre 2017, saisi le Comité pour contester les résultats provisoires du même appel d'offres.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DES RECOURS

Les soumissionnaires ESE2i Sarl et STEA Sarl contestent les résultats provisoires de l'appel d'offres sus-évoqué.

Le soumissionnaire ESE2i Sarl soutient à l'appui de son recours :

- que l'autorité contractante ne lui a pas communiqué le procès-verbal (PV) d'ouverture des plis; suite à sa demande séance tenante, alors que la réglementation des marchés publics en vigueur l'oblige à communiquer ledit PV sans délai à tout soumissionnaire qui en fait la demande ;
- que la sous-commission d'analyse a rejeté son offre au lot n° 1 au motif qu'elle a proposé un incinérateur dont la capacité d'alimentation électrique est supérieure à celle demandée dans le DAO, alors que cette spécification ne saurait être éliminatoire si l'on se réfère aux dispositions de la clause 36 des instructions aux soumissionnaires ;
- qu'elle tient à préciser que même si la capacité d'alimentation de 380 volts proposée constitue le maximum dans cette gamme d'équipements de chauffe, les incinérateurs LCI 50 qu'elle propose de fournir prennent bien en compte la plage de voltage de 210 à 230 volts exigée ;
- que par ailleurs, au regard du tableau de publication des résultats, le motif de l'insuffisance du budget avancé par l'autorité contractante pour annuler le lot n° 2 de l'appel d'offres sus-indiqué n'est pas justifié ;



De son côté, la société STEA Sarl soutient à l'appui de son recours :

- que l'autorité contractante a attribué le lot n° 1 à la société TONEGE Sarl U, après lui avoir demandé de fournir des compléments d'informations sur les taxes et droits de douanes qui ont eu pour effet de modifier le montant de son offre financière, alors que celle-ci ne s'était pas conformée aux exigences du DAO relatives à l'indication desdites taxes dans son bordereau des prix ;
- qu'en principe l'offre de la société TONEGE Sarl U aurait dû être rejetée puisqu'elle ne s'est pas conformée aux dispositions du DAO ;
- qu'elle s'étonne de la rupture de l'égalité de traitement opérée par l'autorité contractante qui permet audit soumissionnaire de modifier à sa guise le montant de son offre par le biais de la procédure de demande d'informations complémentaires ;
- que la prise en compte de ces informations complémentaires a conféré audit soumissionnaire un avantage puisqu'elle a permis de modifier le montant de son offre après avoir pris connaissance de ceux de ses concurrents ;
- qu'en effet, suite au réajustement sus-évoqué, le montant de l'offre de TONEGE Sarl U qui était de 253 747 200 francs CFA toutes taxes comprises (TTC) à l'ouverture, est passé à 304 496 640 francs CFA TTC à l'issue de l'évaluation et avant l'augmentation des quantités ;
- qu'elle tient, par ailleurs, à préciser que le motif de défaut de marchés similaires avancé par l'autorité contractante pour rejeter son offre n'est pas fondé eu égard aux multiples références techniques jointes à ladite offre ;
- qu'ainsi, c'est à tort que la sous-commission d'analyse l'a disqualifiée de l'attribution du marché.

LES MOYENS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

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

✓ Pour le soumissionnaire ESE2i Sarl

- que même si le PV d'ouverture n'a pas pu être communiqué séance tenante tel que le soutient la requérante, un tableau récapitulatif des prix des offres lus publiquement, extrait dudit PV, a été transmis à tous les soumissionnaires en même temps que les résultats de l'évaluation ;
- que le rejet de l'offre de la société ESE2i au lot n° 1 est motivé par le fait qu'elle a proposé de fournir des incinérateurs dont la capacité d'alimentation électrique de 380 volt ne s'inscrit pas dans la fourchette de 210 à 230 volts exigée dans le DAO ;



- que l'offre de la requérante ayant été rejetée à l'étape de l'évaluation de la conformité technique, celle-ci ne saurait invoquer le bénéfice des dispositions de la clause 36 des IS relatives à la vérification a posteriori des qualifications du soumissionnaire ;
- que la société ESE2i Sarl a été disqualifiée de l'attribution du marché pour avoir fourni une moyenne de chiffres d'affaires et une facilité de crédit inférieures aux seuils requis par le DAO ;
- qu'en outre, le lot n° 2 a été annulé en raison du gap financier constaté entre le montant d'attribution dudit lot et le montant prévisionnel du marché y afférent qui ne peut être comblé par des ressources additionnelles.

✓ **Pour le soumissionnaire STEA Sarl**

- que les taxes et droits de douanes fournis à titre de compléments d'informations par la société TONEGE Sarl U ne visent pas à modifier le montant de son offre, mais plutôt à permettre à l'autorité contractante de prendre en compte le coût des formalités douanières dont elle aura à s'acquitter après la livraison des fournitures conformément à l'incoterm CIP stipulé dans le DAO ;
- qu'en effet, suivant la clause 35.1 des instructions aux soumissionnaires, la comparaison des offres devant s'effectuer sur la base du prix CIP qui correspond au montant hors taxes/hors douanes, les informations fournies n'ont en réalité pas induit une rupture de l'égalité de traitement des candidats, puisqu'elles n'ont pas été exploitées au cours de l'évaluation ;
- que de toute manière, les compléments d'informations n'ont eu aucune incidence sur le classement du soumissionnaire qui était déjà en première position, à l'étape de l'évaluation financière ;
- que l'autorité contractante avait même la possibilité de s'acquitter des taxes et droits de douanes dont s'agit en dehors du marché, mais qu'elle a préféré les intégrer au montant de l'offre du soumissionnaire qui a proposé le taux minimum applicable pour les incinérateurs ;
- que par ailleurs, le soumissionnaire STEA Sarl a été disqualifié de l'attribution du lot n° 1 pour n'avoir pas exécuté en tant que fournisseur principal au moins deux (2) marchés similaires au cours des cinq (5) dernières années tel que l'exige le dossier d'appel d'offres ;
- qu'au regard de ce qui précède, elle demande au Comité de règlement des différends de bien vouloir déclarer non fondés les recours des deux soumissionnaires.



OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur la régularité des motifs de rejet des offres des soumissionnaires ESE2i Sarl et STEA Sarl.

EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

➤ Sur le recours de la société ESE2i Sarl

✓ **Sur le défaut de publication du procès-verbal d'ouverture des offres**

Considérant que suivant les dispositions de l'article 54 du Code des marchés publics, l'autorité contractante a l'obligation de publier le procès-verbal d'ouverture des offres et de le remettre sans délai à tous les soumissionnaires qui en font la demande ;

Considérant que la société ESE2i Sarl reproche à l'autorité contractante d'avoir violé les dispositions de l'article précité pour ne pas lui avoir communiqué le procès-verbal d'ouverture des offres qu'elle a sollicité à l'issue de la séance d'ouverture ;

Considérant qu'en réponse au grief sus-évoqué, l'autorité contractante soutient que faute d'avoir communiqué, séance tenante, le PV sollicité à l'ouverture des offres, elle a transmis le tableau récapitulatif des prix des offres lus publiquement, extrait dudit PV, à tous les soumissionnaires en même temps que les résultats de l'évaluation ;

Qu'à l'appui de cet argumentaire, elle a versé au dossier une copie du PV d'ouverture signée par les membres de la commission d'ouverture ainsi qu'un exemplaire du tableau récapitulatif des prix susmentionné ;

Considérant qu'il en résulte que l'autorité contractante n'a effectivement pas transmis le PV sollicité à la requérante, ce qui n'est conforme ni à la lettre ni à l'esprit des dispositions de l'article 54 précité du code des marchés ;

Considérant cependant que l'instruction du dossier révèle qu'en dépit de la non transmission du procès-verbal d'ouverture des offres, la requérante ne remet pas en cause les montants lus, ni ne soulève aucun incident pouvant entacher la régularité de la séance d'ouverture ;

Que dans ces conditions, il convient de dire que quoique déplorable, le défaut de transmission n'a causé à la requérante aucun préjudice et n'a eu aucun impact sur la régularité du processus d'évaluation des offres ;



✓ **Sur la conformité technique de l'offre de la requérante**

Considérant que le lot n°1 de l'appel d'offres porte sur la fourniture, l'installation et la mise en service de huit (08) incinérateurs conventionnels ;

Qu'à la section VII du DAO, l'autorité contractante a décrit les spécifications techniques des incinérateurs auxquelles doivent se soumettre les soumissionnaires dans le montage de leurs offres et a, à cet effet, fixé leur capacité d'alimentation électrique dans l'intervalle minimum et maximum de 210 à 230 volts ;

Considérant qu'en réponse à cette exigence, la société ESE2i Sarl a proposé de fournir des incinérateurs d'une capacité de 380 volts ;

Qu'au cours de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a estimé que la spécification proposée par ce soumissionnaire relativement au voltage n'est pas conforme à celle demandée et a rejeté son offre ;

Considérant que la requérante conteste ce rejet en arguant que la spécification susmentionnée ne saurait être éliminatoire et que le modèle d'incinérateur qu'elle propose prend en compte la plage de voltage exigée par le DAO ;

Considérant que suivant la clause 38.1 des IS du dossier d'appel d'offres, le marché doit être au soumissionnaire dont l'offre est évaluée conforme, moins disante et qui satisfait aux critères de qualification ;

Que s'agissant particulièrement de l'appréciation de la conformité technique de l'offre, il est de jurisprudence constante du CRD que seule l'autorité contractante qui a défini ses besoins, peut décider de tolérer ou non les divergences relevées dans l'offre d'un soumissionnaire ;

Qu'en l'espèce, contrairement aux affirmations du soumissionnaire ESE2i Sarl, l'examen de son offre révèle qu'il a proposé un incinérateur dont la capacité d'alimentation électrique s'inscrit au-delà du maximum exigé par le DAO ;

Que dès lors qu'il est établi que la requérante ne s'est pas conformée aux exigences du DAO, il y a lieu de dire que, conformément à la règle d'évaluation susvisée, c'est à juste titre que la sous-commission d'analyse a rejeté son offre ;

✓ **Sur la régularité de l'annulation du lot n° 2**

Considérant qu'à l'issue de l'évaluation des offres du lot n° 2, la sous-commission d'analyse a constaté un écart de 294 774 210 franc CFA entre le montant de l'offre financière du seul soumissionnaire déclaré conforme pour l'essentiel et l'enveloppe disponible pour le financement du marché qui ne peut être comblé, et a proposé à l'autorité contractante l'annulation de ce lot ;



Que la DNCMP a marqué son accord pour l'annulation dudit lot et recommandé à l'autorité contractante d'en communiquer les motifs aux soumissionnaires concernés, conformément aux dispositions de l'article 63 du Code des marchés publics ;

Considérant qu'après avoir pris connaissance du motif d'annulation du lot n° 2, la requérante en conteste la régularité et argue que l'insuffisance de budget avancé à cet effet n'est pas justifié ;

Considérant qu'aux termes de l'alinéa 2 de l'article 14 de la loi n° 2009-013 du 30 juin 2009 relative aux marchés publics, « l'autorité contractante est tenue de s'assurer de la mise en place et de la disponibilité du financement avant le lancement de la consultation conformément à son plan prévisionnel annuel de passation de marché et ce jusqu'à la notification du marché » ;

Considérant que l'instruction du dossier fait ressortir que l'autorité contractante s'est conformée aux dispositions de l'article précité en inscrivant un montant de 360 000 000 de francs CFA sur son plan prévisionnel de passation des marchés (PPM) pour le financement de l'appel d'offres sus-indiqué, dont un montant de 64 000 000 de francs CFA destiné au lot n° 2 ;

Considérant que suivant le rapport d'évaluation des offres, le montant de l'offre du soumissionnaire UNIT EXPORT LIMITED déclaré conforme et moins disant est de 358 774 210 francs CFA toutes taxes comprises ;

Qu'une comparaison du montant prévisionnel du lot n° 2 susmentionné avec celui de l'offre du soumissionnaire déclaré conforme pour l'essentiel permet de dégager une différence de 294 774 210 francs CFA et de mesurer l'ampleur du gap financier constaté à l'issue de l'évaluation des offres ;

Considérant de plus qu'au regard des prévisions budgétaires retracées dans le PPM de l'autorité contractante, s'il faut ajouter au gap financier généré par l'attribution du lot n° 2 celui de 20 620 800 francs CFA résultant de l'attribution du lot n° 1, il y a lieu de reconnaître que le motif d'indisponibilité de ressources avancé pour l'annulation est indiscutablement justifié ;

Que dans ce contexte, il convient de dire que l'annulation du lot n° 2 de l'appel d'offres est régulière et que le grief soulevé à son encontre par la requérante ne saurait prospérer ;

✓ Sur l'appréciation de la capacité technique de l'attributaire provisoire

Considérant que suivant le point 5 de la section III du DAO, il est requis, au titre des critères de capacité technique et d'expérience, plusieurs documents probants dont des attestations de bonne fin d'exécution d'au moins deux marchés similaires au cours des cinq (5) dernières années ;



Considérant que l'appel d'offres sus-indiqué étant lancé en juin 2017, le marché similaire à considérer, au titre de l'expérience similaire des soumissionnaires, doit normalement être exécuté au cours des années de 2012 à 2016 ;

Considérant que l'examen de l'offre de la société TONEGE Sarl U fait ressortir qu'elle a produit, au titre de l'exigence sus-posée, deux bordereaux de livraison d'équipements et consommables datés des 16 février 2015 et 29 décembre 2016, concernant respectivement :

- un microscope binoculaire, de l'huile à immersion, un incinérateur simple, des lames et un kit de coloration livrés à l'Association Des sourires pour le Togo à Lomé et
- des seringues, des gants, une boîte à pansement, des tensiomètres, une pèse personne et un incinérateur simple en acier livrés à la Pharmacie LAFIA à Kara ;

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

Qu'en application de cette jurisprudence, les bordereaux de livraison produits par l'attributaire provisoire ne sauraient être considérés au titre des marchés similaires exigés d'autant plus que ces documents ne donnent aucune information sur le parfait achèvement des marchés concernés ;

Considérant qu'au cours de l'instruction du dossier, la société TONEGE Sarl U a fait parvenir à l'ARMP les originaux des attestations de bonne fin d'exécution y afférentes, dûment signées par les représentants légaux des structures bénéficiaires des marchés exécutés, qui confirment en tous points les informations contenues dans les bordereaux de livraison relevés dans l'offre dudit soumissionnaire ;

Que dès lors qu'au fond les attestations fournies ne modifient pas les éléments de l'offre de la société TONEGE Sarl U en vue de la rendre plus conforme, il y a lieu de dire qu'elles constituent des preuves de parfait achèvement des marchés concernés qui établissent que ledit soumissionnaire satisfait à l'exigence de capacité technique posée dans le DAO ;

Qu'en tout état de cause, et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête, il y a lieu de dire que c'est à bon droit que la sous-commission d'analyse a rejeté l'offre du soumissionnaire ESE2i Sarl et de déclarer son recours non fondé ;

➤ **Sur le recours de la Société Trans Euro-Afrika (STEa) Sarl**

➤ **Sur l'appréciation de la capacité technique et expérience de la requérante**

Considérant que suivant le rapport d'évaluation des offres, la société STEa Sarl a été disqualifiée de l'attribution du marché pour n'avoir pas satisfait à l'exigence de capacité technique et expérience prévue au dossier d'appel d'offres ;

Considérant que la requérante conteste ce motif de rejet de son offre et soutient que contrairement à la conclusion de la sous-commission d'analyse, elle a fourni dans son offre plusieurs références similaires aux fournitures et prestations exigées ainsi que les preuves y afférentes ;

Considérant que suivant le point 5 de la Section III du Dossier d'appel d'offres, il est exigé de chaque soumissionnaire de prouver, documentation à l'appui, avoir exécuté en tant que fournisseur principal au moins deux (2) marchés portant sur des fournitures et installation de matériels de nature et d'envergure similaires à la fourniture et l'installation des matériels sollicités dans le cadre du présent appel d'offres ;

Considérant que l'instruction du dossier fait ressortir que société STEa Sarl a effectivement produit dans son offre, au titre de l'exigence sus-posée, plusieurs références avec les preuves afférentes relatives à la fourniture de divers types de matériels à certaines structures de la place et à l'étranger ;

Considérant cependant que l'examen de ces références a permis de constater qu'aucune d'entre elles n'est similaire aux fournitures exigées par le présent appel d'offres dont l'objet porte sur la fourniture, l'installation et la mise en service de huit (8) incinérateurs conventionnels avec abris ;

Qu'ainsi, il convient de dire que c'est à juste titre que la sous-commission d'analyse a disqualifié la requérante de l'attribution du marché ;

✓ **Sur la régularité du réajustement opéré sur l'offre financière de la société TONEGE Sarl U**

Considérant que l'appel d'offres susmentionné porte sur la fourniture, l'installation et la mise en service de huit (8) incinérateurs au profit du Projet d'appui aux services de santé maternelle et infantile et de nutrition (PASMIN) dont les procédures d'acquisitions sont conduites conformément aux directives du bailleur, en l'occurrence la Banque Mondiale ;

Considérant que dans le dossier d'appel d'offres mis à la disposition des candidats, il est prévu un formulaire de bordereau des prix des fournitures sollicitées qui exige des candidats d'indiquer distinctement le prix total des fournitures à livrer en hors taxes/hors douanes, le coût des taxes et droits de douanes, le prix hors TVA, la taxe sur la valeur ajoutée et le prix TTC ;



Qu'en application de cette exigence du DAO et afin de permettre à l'autorité contractante de les évaluer en conséquence, les soumissionnaires ont présenté leurs offres en faisant apparaître distinctement les montants hors taxes hors douanes et les montants toutes taxes comprises, excepté la société TONEGE Sarl qui n'a présenté que le montant hors taxes/hors douanes et le montant toutes taxes comprises (TTC) de son offre sans les droits de douanes ;

Que suite à la demande de l'autorité contractante, la société TONEGE Sarl a, par courrier en date du 13 octobre 2017, fourni en guise de complément d'information, le montant correspondant au coût des droits de douanes qui est estimé à 20 % du montant de son offre initial, ce qui a porté le montant de cette offre à 304 496 640 F CFA TTC qui s'est révélée la moins disante par rapport à celle du soumissionnaire en lice ;

Considérant qu'au cours de l'examen du rapport d'évaluation des offres, la DNCMP se fondant sur le fait que la comparaison des offres se fait en hors taxes hors douanes, a recommandé à l'autorité contractante d'adresser une demande d'informations complémentaires à la société TONEGE Sarl afin qu'elle indique le coût des taxes et droits de douanes ;

Considérant que la société STEA Sarl conteste la demande de complément d'informations adressée à la société TONEGE Sarl en soutenant que l'occasion offerte à ladite société de préciser le montant de ses droits de douanes après l'ouverture des plis, lui a permis certainement d'ajuster le prix de son offre pour la rendre moins disante d'autant plus qu'elle a eu connaissance des montants hors taxes hors douanes des autres soumissionnaires ;

Considérant que même s'il est vrai que l'autorité contractante peut, au cours de l'évaluation des offres, demander des compléments d'informations à un soumissionnaire, il n'en demeure pas moins que cette demande ne doit pas avoir pour effet de rendre conforme ou compétitive l'offre dudit soumissionnaire ;

Que cette interdiction reste matérialisée en l'espèce par l'exigence posée à la clause 27.1 des instructions aux soumissionnaires qui dispose qu'« aucune modification de prix ni aucun changement substantiel de l'offre ne seront demandés, offerts ou autorisés, si ce n'est pour confirmer la correction des erreurs arithmétiques découvertes par l'acheteur lors de l'évaluation des offres » ;

Considérant que par définition les droits de douane sont des impôts prélevés sur les marchandises importées lors de leur passage aux frontières d'un Etat ; que dans la pratique, la détermination des montants de ces impositions repose sur des éléments comme la valeur de la marchandise, son origine, l'espèce tarifaire et le prix du transport etc. ;



Qu'il en découle que les droits de douane sont variables en raison des éléments qui entrent en jeu dans la détermination de leurs montants et qui ne sauraient donc être maîtrisés si ce n'est au moment du passage du bien ou du produit au cordon douanier ;

Considérant qu'il est constant qu'en demandant à la société TONEGE Sarl de préciser le montant des droits de douanes de son offre alors qu'elle a déjà pris connaissance des montants hors taxes hors douanes des autres soumissionnaires, il y a risque, comme le soutient la requérante, de voir cette dernière manipuler son prix en agissant au besoin sur les droits de douanes ;

Considérant cependant que suivant la clause 34.5 des Instructions aux candidats du dossier d'appel d'offres (DAO) qui est élaboré sur la base d'un dossier type du bailleur, lors de l'évaluation des offres, l'Acheteur exclura et ne prendra pas en compte :

- b) dans le cas de fournitures fabriquées en dehors du pays de l'Acheteur, déjà importées ou à importer, des droits de douane et autres droits d'entrée, taxes sur les ventes ou autres taxes du même type dues sur le montant des fournitures en cas d'attribution du marché au Soumissionnaire ;

Considérant qu'il est constant que les fournitures sollicitées ne sont pas fabriquées au Togo et doivent donc nécessairement être importées de l'extérieur ; qu'en application de la clause précitée, les droits de douane et les taxes indiqués par les soumissionnaires dans leurs offres ne doivent normalement pas être pris en compte dans la détermination de l'offre la moins disante pour l'autorité contractante ;

Qu'ainsi, pour évaluer les offres de ces soumissionnaires, l'autorité contractante n'a pas nécessairement besoin de connaître les montants des droits de douane et taxes applicables qui, non seulement n'entre pas en jeu en l'espèce, mais aussi ne peuvent être en réalité déterminés avec précision que lors du règlement du marché ;

Qu'il en résulte que le fait pour la société TONEGE Sarl de présenter le prix des fournitures qu'elle propose sans en inclure les droits de douane est conforme à l'incoterm CIP retenu et ne compromet en rien les conditions d'évaluation des offres d'autant plus que ladite offre contient d'ores et déjà les éléments nécessaires permettant à l'autorité contractante de l'évaluer conformément aux exigences du dossier d'appel d'offres ;

Considérant que dans ce contexte, il n'était point nécessaire d'adresser à ce soumissionnaire une demande d'informations complémentaires sur laquelle s'est fondée la société STEA Sarl pour contester les résultats de l'évaluation des offres ; que cette idée est confortée par l'argumentaire de l'autorité contractante qui reconnaît expressément dans son mémoire en réponse qu'elle avait la possibilité de s'acquitter des taxes et droits de douanes dont s'agit en dehors du marché ;



Qu'ainsi, il convient donc d'ordonner à l'autorité contractante de réévaluer les offres sans tenir compte des informations complémentaires relatives aux droits de douanes fournies par la société TONEGE Sarl ;

Qu'au regard de tout ce qui précède, il convient de déclarer les recours des soumissionnaires ESE2i Sarl et STEA Sarl non fondés.

DECIDE :

- 1) Déclare le recours de Société Trans Euro-Afrika (STEA) Sarl recevable ;
- 2) Ordonne la jonction des recours des soumissionnaires ESE2i Sarl et STEA Sarl ;
- 3) Dit que lesdits recours ne sont pas fondés et déboute les requérants de tous leurs moyens et prétentions ;
- 4) Ordonne en conséquence la mainlevée de la mesure de suspension prononcée par décision n° 093-2017/ARMP/CRD du 27 novembre 2017 et la poursuite de la procédure de passation dont s'agit ;
- 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 aux soumissionnaires ESE2i Sarl et STEA Sarl, au ministère de la santé et de la protection sociale, ainsi qu'à la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP), la présente décision qui sera publiée.

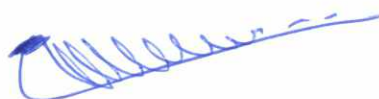
LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS (CRD)

LE PRESIDENT



Madame Ayélé DATTI

LES MEMBRES



Konaté APITA



Abeyeta DJENDA



Kuami Gaméli LODONOU