

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail-Liberté-Patrie



Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

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

DECISION N° 132/2013/ARMP/CRD DU 04 SEPTEMBRE 2013 DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DU GROUPE IRT-REFTEL SARL CONTESTANT LES RESULTATS PROVISOIRES DE L'APPEL D'OFFRES OUVERT N° 001/EPAM/2013 DU 14 MAI 2013 DE L'ETABLISSEMENT PUBLIC AUTONOME POUR L'EXPLOITATION DES MARCHES DE LOME (EPAM) RELATIF A LA FOURNITURE ET INSTALLATION DE MATERIELS ELECTRIQUES DANS CERTAINS MARCHES DE LA COMMUNE DE LOME

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 du Groupe IRT-Reflet Sarl datée du 06 août 2013 et enregistrée le 09 août 2013 au secrétariat du comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 1342 ;

Sur le rapport 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° 128-2013/ARMP/CRD du 21 août 2013, le Comité de règlement des différends de l'ARMP a reçu le recours du Groupe IRT-Reftel Sarl en contestation des résultats provisoires de l'Appel d'offres ouvert n°001/EPAM/2013 du 14 mai 2013 et a ordonné la suspension de la procédure de passation sus-indiquée jusqu'au prononcé de la décision au fond.

Par lettre référencée n° 1855/ARMP/DG/DRAJ datée du 13 août 2013, la direction générale de l'ARMP a réclamé à la personne responsable des marchés publics de l'Etablissement public autonome pour l'exploitation des marchés de Lomé (EPAM) de lui transmettre la documentation utile à l'instruction du dossier.

Par lettre référencée n° 131/13/DG/EPAM datée du 16 août 2013 et enregistrée le même jour au secrétariat du CRD sous le numéro 1396, l'autorité contractante a fait parvenir à l'ARMP les documents ainsi réclamés.

LES FAITS

L'Etablissement public autonome pour l'exploitation des marchés de Lomé (EPAM) a lancé le 14 mai 2013 sur financement propre, l'appel d'offres ouvert n°001/EPAM/2013 relatif à la fourniture et à l'installation de matériels électriques dans certains marchés de la Commune de Lomé. Les travaux objet dudit appel d'offres sont répartis en huit (8) lots ci-après :

- Lot n° 1 : Eclairage du marché d'Akodessewa à Lomé ;
- Lot n° 2 : Eclairage du marché d'Attikpodji à Lomé ;



- Lot n° 3 : Eclairage du marché de Doumassessé à Lomé ;
- Lot n° 4 : Eclairage du marché de Gbossimé à Lomé ;
- Lot n° 5 : Eclairage du marché de Kodomé à Lomé ;
- Lot n° 6 : Eclairage du marché des Légumes et Poissons à Lomé ;
- Lot n° 7 : Eclairage du marché « LE TOGO » à Lomé ;
- Lot n° 8 : Eclairage du marché de Totsi à Lomé.

A l'ouverture des offres fixée au 14 juin 2013, la commission de passation des marchés publics de l'Etablissement public autonome pour l'exploitation des marchés de Lomé (EPAM) a réceptionné et ouvert vingt-six (26) offres déposées par treize (13) entreprises.

A l'issue de l'évaluation des offres techniques et financières des soumissionnaires, la commission de passation des marchés publics de l'Etablissement public autonome pour l'exploitation des marchés de Lomé (EPAM) a déclaré attributaires provisoires du marché les soumissionnaires ci-après :

- lot n° 1 : Entreprise ADBT pour un montant de 4 698 574 F CFA TTC ;
- lot n° 2 : Entreprise GET pour un montant de 3 703 061 F CFA TTC ;
- lot n° 3 : Entreprise SEF TOGO pour un montant de 4 060 970 F CFA TTC ;
- lot n° 4 : Entreprise BETEIR pour un montant de 5 037 900 F CFA TTC ;
- lot n° 5 : Entreprise SEF TOGO pour un montant de 4 060 970 F CFA TTC ;
- lot n° 6 : Entreprise BETEIR pour un montant de 6 850 200 F CFA TTC ;
- lot n° 7 : Entreprise GET pour un montant de 3 790 561 F CFA TTC ;
- lot n° 8 : Entreprise GLOBAL EVOLUTION pour un montant de 6 519 147 F CFA TTC.

Suite à la lettre n° 2034/MEF/DNCMP/DAF du 26 juillet 2013 de la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) donnant l'avis de non objection sur les résultats provisoires, la personne responsable des marchés publics de l'Etablissement public autonome pour l'exploitation des marchés de Lomé (EPAM) a, par lettre référencée n° 121/13/DG/EPAM datée du 30 juillet 2013 et reçue le 31 juillet 2013, informé les soumissionnaires y compris le Groupe IRT-Reftel Sarl des résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné.



Par lettre référencée n° L046/2013/GIR/DG datée du 1^{er} août 2013, adressée à l'EPAM, le Groupe IRT-Reftel Sarl a contesté, en recours gracieux, les résultats provisoires d'évaluation des offres. En réponse, la personne responsable des marchés publics de l'EPAM a, par lettre référencée n° L046/2013/GIR/DG du 05 août 2013, rejeté le recours gracieux ainsi introduit comme non fondé ;

Non satisfait, le directeur général du Groupe IRT-Reftel Sarl a, par lettre référencée L047/2013/GIR/DG datée du 06 août 2013, saisi le Comité de règlement des différends pour contester les résultats de l'appel d'offres sus-référencé.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

Le Groupe IRT-Reftel Sarl conteste les résultats provisoires de l'appel d'offres et soutient à l'appui de son recours qu'il est surprenant que l'autorité contractante ne lui ait pas donné de suite malgré toutes les irrégularités et incohérences dénoncées suite à son recours gracieux.

Dans sa lettre référencée L046/2013/GIR/DG du 1^{er} août 2013 adressée à l'autorité contractante, dans le cadre de son recours gracieux, le requérant relève :

- que l'autorité contractante n'a pas soustrait du montant de la société GET, attributaire provisoire du lot n° 2, la ligne 1000 prise en compte par EPAM alors qu'elle l'a fait chez tous les autres soumissionnaires ; qu'il s'interroge si la société GET a eu un cadre de détail quantitatif différent de celui des autres soumissionnaires ;
- qu'il estime que la méthode d'attribution adoptée par l'autorité contractante ne suit ni l'ordre des lots ni la logique de moins chère dans plusieurs lots (appliquée à l'entreprise GET) ; que cette méthode d'attribution est non syllogistique ; qu'il ne peut pas être classé deuxième au lot n° 3 comme le soumissionnaire BETEIR au lot n° 4 et n'être attributaire d'aucun lot alors que le soumissionnaire BETEIR s'en sort avec deux lots ;
- qu'il demande des explications à l'autorité contractante sur les incohérences relevées dans l'attribution des lots car d'après le code des marchés publics, tous les soumissionnaires ont le droit d'être traités équitablement ;
- qu'enfin, il n'envie guère ses concurrents attributaires ni ne fait montre d'aucune concurrence envers qui que ce soit ;
- qu'il ne demande au Comité que l'application stricte des règles d'équité et de transparence.



LES MOTIFS DONNES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

En réponse au recours du requérant en contestation des résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné, l'autorité contractante soutient :

- que contrairement à la plupart des soumissionnaires, le soumissionnaire GET n'a pas proposé de prix pour la ligne 1000 (demande de branchement triphasé 9,9 KVA 15A) ; que c'est pour cela qu'il n'y a eu aucune soustraction sur ses offres ; que même si c'était une omission de sa part, celle-ci aurait eu pour conséquence de défavoriser ledit soumissionnaire par rapport aux autres ; que malgré cela, le soumissionnaire GET est toujours premier moins disant sur les lots 2, 6, 7 et 8 ;
- que la sous-commission a tenu compte des principes ci-après tel qu'il est stipulé à la page 19 du rapport d'évaluation joint, à la lettre d'attribution provisoire transmise à tous les soumissionnaires :
 - l'évaluation par lot suivant la clause 33.3 (a) des instructions aux candidats ;
 - l'attribution d'au plus deux lots par soumissionnaire conformément au point 2 de l'avis d'appel d'offres ;
 - le principe d'économie pour l'autorité contractante par combinaison des offres moins disantes conformément aux clauses 33.3 (a) des instructions aux candidats et 33.5 des données particulières de l'appel d'offres, de l'article 2 de la loi n° 2009-013 du 30 juin 2009 relative aux marchés publics et délégations de service public et à l'article 57 du code des marchés publics;
- que par application des deux premiers principes précités, les lots sont attribués dans l'ordre successif à partir des tableaux de classement par lot annexé et par l'élimination de ceux qui sont moins disants mais déjà attributaires de deux lots ;
- qu'en retenant ces entreprises attributaires provisoires, il apparaît que le groupe IRT-REFTEL Sarl, bien que classé deuxième au lot n° 3 et soit quatrième, ou cinquième, ou sixième ou encore septième pour les autres lots, ne peut logiquement se voir attribuer aucun lot ;
- que par application du principe d'économie pour l'autorité contractante et de l'avis de la DNCMP, et en se situant dans l'optique des mêmes nombres de lots à attribuer aux attributaires provisoires, la combinaison retenue dégage une économie de 43 175 F CFA pour l'EPAM ;



- que dans la conduite du présent dossier, il n'y a eu aucun favoritisme et que le principe de transparence et d'équité ont été respectés ;
- qu'à partir du moment où les soumissionnaires ont commencé par obtenir des deuxièmes lots à compter du lot n° 4, le groupe IRT-REFTEL, bien que deuxième au classement du lot n° 3, ne peut malheureusement être attributaire d'un lot.
- qu'il plaise au Comité de rejeter la demande du requérant comme non fondé.

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur la régularité de la méthodologie de dévolution des lots attribués aux soumissionnaires conformes et moins disants.

AU FOND

➤ Sur la nature des marchés

Considérant que les huit (08) lots du dossier d'appel d'offres sont relatifs à la fourniture et à l'installation de matériels électriques ; que ces marchés sont en réalité ceux de travaux et non de fournitures ;

Considérant qu'aux termes de l'article 17 du décret n° 2011-59/PR du 04 mai 2011 portant définition des seuils de passation, de publication, de contrôle et d'approbation des marchés publics, la DNCMP est chargée du contrôle a priori, en ce qui concerne les administrations centrales et déconcentrées de l'Etat, les établissements publics et autres, des marchés de travaux pour les dépenses d'un montant égal ou supérieur à cinquante millions (50 000 000) de francs CFA ;

Qu'en l'espèce, les marchés de travaux sus-indiqués sont initiés par l'EPAM qui est un établissement public pour un montant prévisionnel de trente et un millions (31 000 000) de francs CFA ;

Qu'en application des dispositions de l'article précité, le contrôle a priori n'est pas soumis à l'avis de la DNCMP ;

➤ Sur la correction des offres

Considérant que suivant le cadre de devis, la ligne 1000 relative au branchement CEET est réservée à l'EPAM ;

Considérant que dans leurs offres, tous les soumissionnaires, y compris la requérante à l'exception de GET, ont indiqué les montants correspondants à cette activité et les ont incorporés dans les prix des lots ;



Qu'en application du principe d'égalité de traitement des candidats et surtout du fait que cette activité est réservée à l'autorité contractante, les prix des lots doivent être déduits de la tarification de la ligne 1000 ; qu'en l'espèce, les prix que la requérante a proposés pour les huit lots ont été réduits pour aboutir, après correction, aux prix consignés dans le rapport d'évaluation des offres,

➤ **Sur la méthode d'attribution des lots**

Considérant que suivant le point 2 de l'avis d'appel d'offres « les candidats peuvent postuler à tous les lots, mais aucun candidat ne peut être attributaire de plus de deux lots » ;

Considérant qu'en application de ce point de l'avis d'appel d'offres, tous les candidats ont postulé aux huit lots de l'appel d'offres dont s'agit ;

Considérant qu'après correction des offres, le classement des soumissionnaires se présente, par lots, comme suit :

N°	Soumissionnaires	Montants en TTC
1	ADBT	4 698 574 F CFA
2	GET	3.703.061 F CFA
3	SEF TOGO	4.060.970 F CFA
4	SEF TOGO	4.878.710 F CFA
5	SEF TOGO	4.060.970 F CFA
6	GET	3.703.061 F CFA
7	GET	3.790.561 F CFA
8	GET	3.420.890 F CFA

Considérant qu'il est de jurisprudence constante qu'en cas d'allotissement du marché, l'évaluation doit se faire par lot et le marché être attribué à l'offre moins disante dans un ordre numéral ;

Considérant qu'il ressort des résultats consignés dans ce même tableau que certains soumissionnaires sont bien positionnés pour se voir attribuer trois lots alors que la clause précitée dispose qu'aucun candidat ne saurait être attributaire de plus de deux lots ;

Considérant qu'à cette étape de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a l'obligation de conduire le processus de manière à ce que les soumissionnaires SEF TOGO et GET qui sont bien placés pour trois lots n'aient qu'au plus deux lots ;

Considérant que suivant la clause IC 33.5 des données particulières de l'appel d'offres, « L'Autorité contractante attribuera les différents lots aux candidats qui offrent la combinaison d'offres par lots évaluée la moins disante en fonction de critères en termes monétaires, et qui satisfont aux conditions de qualification » ;



7

Considérant qu'en application de cette clause, lorsqu'en suivant l'ordre numéral, un lot doit être attribué à un soumissionnaire qui a déjà obtenu deux lots, la sous-commission d'analyse l'attribue au soumissionnaire suivant dans l'ordre de classement moins disante des offres ; que c'est dans ces conditions qu'elle est parvenue aux résultats ci-après :

N°	Soumissionnaires	Montants en TTC
1	ADBT	4 698 574 F CFA
2	GET	3.703.061 F CFA
3	SEF TOGO	4.060.970 F CFA
4	SEF TOGO	4.878.710 F CFA
5	GLOBAL EVOLUTION	4.264.132 F CFA
6	GET	3.703.061 F CFA
7	BETEIR	7.091.700 F CFA
8	BETEIR	6.364.350 F CFA
		38.764.558 F CFA

Considérant que lors de l'examen du rapport d'évaluation soumis à sa validation, la direction nationale du contrôle des marchés publics a estimé que ces résultats ne traduisent pas la combinaison la plus avantageuse pour l'autorité contractante et a produit un tableau contenant la combinaison la plus avantageuse qu'elle dit avoir testée ;

Qu'il ressort des conclusions de cette combinaison, que l'autorité contractante réalise une économie de 43.175 F CFA par rapports aux attributions contenues dans son rapport d'évaluation ;

Considérant que suite aux recommandations de la direction nationale du contrôle des marchés publics, l'autorité contractante s'est appropriée la combinaison qu'elle a effectuée et dont les résultats se présentent comme suit :

N°	Soumissionnaires	Montants en TTC
1	ADBT	4 698 574 F CFA
2	GET	3.703.061 F CFA
3	SEF TOGO	4.060.970 F CFA
4	BETEIR	5.037.900 F CFA
5	SEF TOGO	4.060.970 F CFA
6	BETEIR	6.850.200 F CFA
7	GET	3.790.561 F CFA
8	GLOBAL EVOLUTION	6.519.147 F CFA
		38.721.383 F CFA



Considérant que pour être la plus avantageuse, la combinaison doit pouvoir exclure toute autre possibilité pour l'autorité contractante de réaliser plus d'économie ;

Considérant qu'au cours de l'instruction, d'autres combinaisons ont été réalisées et certaines se sont révélées plus avantageuses que celle retenue par l'autorité contractante pour l'attribution des lots ;

Considérant que celles des combinaisons qui sont avérées plus avantageuses que celle préconisée par la DNCMP entraînent cependant une instabilité voire une inconstance dans la désignation des attributaires ;

Considérant qu'avec huit (08) lots à attribuer aux soumissionnaires suivant la combinaison la plus avantageuse, le nombre de combinaisons à effectuer doit être suffisamment élevé voire quasi innombrable pour parvenir à celle la plus avantageuse ;

Qu'il est ainsi établi que toutes les combinaisons possibles n'ont pas été effectuées et que la combinaison effectuée par l'autorité contractante est loin d'être la plus avantageuse ;

Considérant s'il est vrai que la combinaison retenue par l'autorité contractante a permis de dégager une économie de 43.175 F CFA, il n'en demeure pas moins que la désignation de certains attributaires ne s'explique pas ou manque de transparence dans la mesure où avec d'autres combinaisons plus avantageuses, les attributaires sont changeables ;

Que face aux difficultés consistant à ne pas pouvoir établir de manière incontestable toutes les combinaisons pour retenir la plus avantageuse, l'autorité contractante a tout intérêt, à moins de démontrer avoir exploité toutes les combinaisons possibles, à abandonner l'attribution des lots suivant la règle de la combinaison la plus avantageuse ;

Qu'il est plus simple de recourir, face à l'attribution par lot dans un ordre numéral qui respecte la clause suivant laquelle aucun soumissionnaire ne saurait se voir attribuer plus de deux lots ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède, qu'il y a lieu d'annuler l'attribution des lots et d'ordonner la reprise de l'évaluation des offres sur la base de l'attribution par lots ;



DECIDE :

- 1) Déclare le recours du groupe IRT-REFTEL SARL fondé ;
- 2) Dit que les marchés relatifs à l'appel d'offres susmentionné sont en réalité des marchés de travaux ;
- 3) Ordonne l'annulation des résultats d'évaluation ;
- 4) Ordonne également la reprise de l'évaluation des offres ;
- 5) Dit que la présente décision est immédiatement exécutoire nonobstant toutes autres voies de recours ;
- 6) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier au groupe IRT-REFTEL SARL, à l'Etablissement Public Autonome pour l'Exploitation des Marchés de Lomé, 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



Kuami Gaméli LODONOU



Abeyeta DJENDA

Le Directeur Général de l'ARMP
Rapporteur



Théophile Kossi René KAPOU