

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail-Liberté-Patrie



Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

**DECISION N° 135-2013/ARMP/CRD DU 11 SEPTEMBRE 2013
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN FORMATION LITIGES SUR LES RECOURS DES ENTREPRISES
ETRABAT ET COMELEC ELECTRICITE CONTESTANT LES RESULTATS
PROVISOIRES DE L'APPEL D'OFFRES OUVERT N° 001/MT/CAB/SG/2013
DU 09 AVRIL 2013 DU MINISTERE DU TOURISME RELATIF AUX TRAVAUX
DE REHABILITATION ET D'EQUIPEMENT DU GRAND HOTEL DU 30 AOUT
(LOTS N° 1 ET N° 3)**

**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 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 des recours ;

Par décision n° 129-2013/ARMP/CRD du 28 août 2013, le Comité de règlement des différends de l'ARMP a reçu les recours des entreprises ETRABAT et COMELEC ELECTRICITE et a ordonné la jonction desdits recours et la suspension de la procédure d'attribution de l'appel d'offres sus-indiquée jusqu'au prononcé de la décision au fond.

Par lettres référencées n° 1863/ARMP/DG/CJ et n° 1871/ARMP/DG/CJ datées respectivement des 20 et 21 août 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 lettres n° 087/MT/CAB/SG/CPMP et n° 088/MT/CAB/SG/CPMP datées du 22 août 2013, reçues le même jour au secrétariat du CRD et enregistrées respectivement sous les numéros 1413 et 1419, le ministère du tourisme a fait parvenir au CRD les documents à lui réclamés.

LES FAITS

Le ministère du tourisme a lancé le 09 avril 2013 l'appel d'offres ouvert n° 001/MT/CAB/SG/2013 relatif aux travaux de réhabilitation et d'équipement du Grand Hôtel du 30 août de Kpalimé. Ledit appel d'offres est décomposé en quatre (04) lots :

- Lot n° 1 : gros œuvres, revêtements scellés, étanchéité, aménagements extérieurs (VRD, espaces verts, court de tennis) ;
- Lot n° 2 : charpente et couverture, menuiserie bois, aluminium, ferronnerie, faux plafond, peinture ;



- Lot n° 3 : électricité, téléphone, télévision, réseau informatique, détection incendie, vidéosurveillance, climatisation, chambres froides, plomberie RIA ;
- Lot n° 4 : équipement et mobiliers divers.

A l'ouverture des plis fixée au 28 juin 2013, la commission de passation des marchés publics du ministère du tourisme a reçu et ouvert les offres de vingt et un (21) soumissionnaires dont les entreprises ETRABAT et COMELEC ELECTRICITE qui ont soumissionné respectivement pour les lots n° 1 et n° 3.

Après l'évaluation desdites offres et suivant l'avis de non objection n° 2093/MEF/DNCMP/OG daté du 02 août 2013 de la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP), la commission de passation des marchés publics du ministère du tourisme a déclaré les soumissionnaires COFFRATO et ADTF attributaires provisoires des lots n° 1 et n° 3.

Par lettres n° 077/MT/CAB/SG/CPMP et n° 079/MT/CAB/SG/CPMP datée du 07 août 2013 reçue le 09 août 2013, la personne responsable des marchés publics du ministère du tourisme a informé respectivement les entreprises ETRABAT et COMELEC ELECTRICITE des résultats provisoires d'analyse et d'évaluation des offres de l'appel d'offres susmentionné et corrélativement le rejet de leurs offres.

Par courrier en date du 12 août 2013, adressé à la personne responsable des marchés publics, l'entreprise ETRABAT a exercé un recours gracieux pour contester les résultats provisoires d'évaluation des offres ;

Par lettre n° 084/MT/CAB/SG/CPMP en date du 14 août 2013, l'autorité contractante a rejeté le recours gracieux ainsi introduit.

Non satisfaite, l'entreprise ETRABAT a saisi le Comité de règlement des différends par lettre référencée n° 078/ETRABAT/13 datée du 19 août 2013 pour contester le rejet de son recours ;

Parallèlement, par lettre datée du 19 août 2013, l'entreprise COMELEC ELECTRICITE a saisi le Comité de règlement des différends pour contester les résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DES RECOURS

Les entreprises ETRABAT et COMELEC ELECTRICITE contestent les résultats provisoires de l'appel d'offres qui déclarent leurs offres non conformes.



➤ L'entreprise ETRABAT soutient à l'appui de son recours :

- que le rejet de son offre par l'autorité contractante pour motif d'incapacité à exécuter correctement les précédents marchés des hôtels ROC et ABOUTA est une violation de la réglementation sur les marchés publics ;
- que pour preuve le formulaire type d'évaluation joint au courrier lui notifiant le rejet de son offre indique que celle-ci est conforme pour tous les critères de l'examen préliminaire ;
- que de plus, le dossier d'appel d'offres n'a prévu aucune clause d'exclusion fondée sur une mauvaise exécution des marchés antérieurs et qui concernerait encore moins les marchés des hôtels ROC et ABOUTA ;
- que l'autorité contractante n'a pas joint le procès-verbal d'attribution du marché à la décision de rejet de son offre ;
- que pour ce qui concerne le marché relatif à l'hôtel ROC auquel se réfère l'autorité contractante, le dossier d'appel d'offres comportait beaucoup d'insuffisances et d'incohérences, ce qui a fait que l'exécution dudit marché a connu d'énormes difficultés : absence de bureau de contrôle, indisponibilité de l'architecte du ministère sensé faire le suivi des travaux, manque d'information sur l'emplacement exact de certains ouvrages à réaliser etc ;
- qu'elle a toujours attiré l'attention de l'autorité contractante sur ces difficultés mais celle-ci n'a daigné prendre aucune mesure pour y remédier ;
- que l'exécution des travaux liés à cet hôtel n'a fait l'objet d'aucune note explicative de la part du ministère ; que pour preuve, sa garantie de soumission n'a jamais été saisie et le marché n'a pas été résilié ; que le seul grief manifesté à son encontre est une mise en demeure de finir la réalisation des pailotes qui se détachent des gros œuvres déjà achevés ;
- que seuls les travaux de plomberie exécutés par l'entreprise ADTF ont connu des défections ; que malgré cela, la même entreprise vient d'être déclarée attributaire du lot n°3 du présent marché sans que l'autorité contractante ait évoqué son incapacité à exécuter les travaux ;



- que malgré les difficultés rencontrées dans l'exécution des travaux de l'hôtel ABOUTA, ces travaux ont été réalisés et l'hôtel est ouvert aux clients depuis le début de l'année 2013 ;
- qu'elle demande au Comité de bien vouloir mettre fin à la voie de fait opérée par l'autorité contractante en annulant la décision d'attribution provisoire du lot n°1 ;
- De son côté, l'entreprise COMELEC ELECTRICITE soutient à l'appui de son recours :
 - qu'elle est surprise de voir son offre rejetée pour la non fourniture d'attestation d'autorisation du fabricant ;
 - que nulle part dans le dossier d'appel d'offres il n'est mentionné que ce document constitue un élément éliminatoire ;
 - que conformément aux instructions données par l'autorité contractante lors de la visite du site à Kpalimé, elle a fourni dans son offre l'autorisation du fabricant des climatiseurs Airwell ;
 - que pour les autres équipements à fournir et qui peuvent être achetés localement (câble, appareillage etc.), il serait difficile d'avoir l'autorisation de leur fabricant ; que pour preuve, l'appareillage demandé par le dossier d'appel d'offres est vendu par la Société le WATT qui n'octroie pas d'autorisation du fabricant ;
 - qu'au regard de tout ce qui précède, elle demande au Comité de bien vouloir déclarer la décision de rejet de son offre non fondée.

LES MOTIFS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

L'autorité contractante a déclaré les offres des soumissionnaires non conformes.

- Dans la lettre n° 084/MT/CAB/SG/CPMP adressée à l'entreprise ETRABAT en réponse à son recours gracieux, le ministère du tourisme soutient :
 - qu'il ne pourra plus confier les travaux de réhabilitation des hôtels à des entreprises qui n'ont pas respecté les termes des contrats précédents ;
 - que les travaux de réhabilitation des hôtels ROC et ABOUTA confiés à la requérante depuis l'année 2011 ne sont pas complètement achevés jusqu'à ce jour ; que malgré l'ouverture de ces établissements, les plaintes des clients ne cessent de lui parvenir ;

- que la requérante a été, à plusieurs reprises, rappelée à l'ordre sans succès et a même fait l'objet d'une mise en demeure ;

Par ailleurs, dans son mémoire en réponse du 22 août 2013, il ajoute :

- que le fait de déclarer une offre conforme pour l'essentiel à l'étape de l'évaluation préliminaire des offres ne signifie pas qu'une telle offre ne comporte pas d'insuffisances ;
- qu'à l'issue de l'évaluation des offres techniques et financières, il résultait que seule l'entreprise TOP-2S était moins-disante pour les lots n° 1 et n° 2 ; mais tenant compte de la clause selon laquelle aucun soumissionnaire ne peut être attributaire de plus d'un lot, la sous-commission a attribué le lot n° 1 à ladite entreprise et le lot n° 2 à l'entreprise le LOYAL qui venait en deuxième position ;
- que ce n'est que lors du contrôle du rapport par la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) que celle-ci a, pour des raisons de combinaison la plus avantageuse, recommandé à la sous-commission d'attribuer le lot n° 1 à l'entreprise ETRABAT et le lot n° 2 à l'entreprise TOP-2S ;
- qu'en réaction à cette proposition, le ministre avait fait des observations à la DNCMP sur la mauvaise conduite de l'entreprise ETRABAT dans l'exécution des marchés relatifs aux travaux de ROC hôtel et de l'hôtel ABOUTA ;
- qu'en réponse à cette réaction de l'autorité contractante, la DNCMP a, par une autre combinaison avantageuse, proposé d'attribuer le lot n° 1 à l'entreprise COFFRATO et le lot n° 2 à l'entreprise TOP-2S ;
- que la qualité des travaux faits par l'entreprise ETRABAT sur les sites du ROC hôtel et de l'hôtel ABOUTA ne sont pas à la hauteur de ses attentes car, il compte classer ces établissements dans les catégories d'une et deux étoiles ; qu'il serait donc hasardeux de confier de nouveau les mêmes types de travaux à l'entreprise ETRABAT ;
- que de plus, il est stipulé dans le modèle de rapport d'évaluation des travaux et fournitures du Togo que « l'exécution peu satisfaisante de marchés antérieurs peut constituer un motif de rejet » ;
- qu'au regard de tout ce qui précède, la sous-commission a dû accepter la deuxième proposition de la DNCMP en attribuant le lot n° 1 à l'entreprise COFFRATO ;



- Dans la lettre n° 088/MT/CAB/SG/CPMP du 22 août 2013 adressée à l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP), le ministère du tourisme soutient :
- que contrairement aux allégations de l'entreprise COMELEC ELECTRICITE, le paragraphe 5 de la page 170 du dossier d'appel d'offres exige non seulement la fourniture de l'autorisation de fabricant mais indique également que l'absence de cette pièce rend aussi l'offre éliminatoire ;
 - que le réexamen de l'offre de l'entreprise COMELEC ELECTRICITE prouve qu'elle a effectivement fourni l'autorisation du fabricant pour les climatiseurs mais qu'une telle erreur aurait pu être corrigée par une simple démarche auprès de la personne responsable des marchés publics du ministère ;
 - qu'en tout état de cause, cette erreur n'a aucune incidence sur les résultats de l'évaluation surtout que l'offre de l'entreprise ADTF est la moins-disante ;

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 entreprises ETRABAT et COMELEC ELECTRICITE par rapport aux clauses du dossier d'appel d'offres.

EXAMEN DU LITIGE AU FOND

1. Sur le recours de l'entreprise COMELEC ELECTRICITE

Considérant que dans la section V. Cahier des clauses techniques et plans, il est indiqué au point 1.3.2.1 relatif à la climatisation – ventilation – chambre froide, qu'« une preuve de partenariat entre le soumissionnaire et le fabricant de ces climatiseurs doit être fournie » ;

Considérant que dans sa requête, le soumissionnaire COMELEC ELECTRICITE reproche à l'autorité contractante d'avoir rejeté son offre au motif qu'elle ne contient pas d'autorisation du fabricant ;

Considérant qu'un examen de l'offre de la requérante COMELEC ELECTRICITE fait apparaître qu'elle contient effectivement une autorisation du fabricant AIRWELL RESIDENTIAL SAS ; que les recherches effectuées sur le site internet dudit fabricant font ressortir que celui-ci est spécialisé dans la fabrication et la commercialisation de climatiseurs et de pompes à chaleur ;



Considérant que dans son mémoire en réponse, l'autorité contractante a déclaré que « la commission de passation des marchés publics a revisité le dossier et s'est rendue compte que l'entreprise COMELEC ELECTRICITE a fourni l'autorisation du fabricant pour les climatiseurs » avant d'ajouter qu'il s'agit d'une erreur qui n'a aucune incidence sur le résultat d'évaluation ; qu'il s'ensuit que la requérante a, contrairement au motif du rejet de son offre, produit l'attestation du fabricant requise par le dossier d'appel d'offres ;

Considérant qu'aux termes de l'article 62 du code des marchés publics, « L'autorité contractante doit communiquer par écrit à tout soumissionnaire écarté les motifs du rejet de son offre, le montant du marché attribué et le nom de l'attributaire » ;

Qu'en l'espèce, le seul motif du rejet de l'offre du soumissionnaire COMELEC ELECTRICITE est la non production de l'autorisation du fabricant ; qu'en admettant que ce motif est retenu par erreur, l'autorité contractante ne dispose plus de motif pouvant lui permettre de rejeter l'offre de la requérante ;

Considérant s'il est vrai comme le soutient l'autorité contractante qu'une démarche de la requérante envers elle aurait pu éviter ce recours, il n'en demeure pas moins qu'une telle erreur dans le processus d'évaluation des marchés publics est de nature à le discréditer voir à remettre en cause les principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats ; que la gestion des offres, notamment leur évaluation doit requérir plus de professionnalisme pour éviter ces genres d'erreur ;

Considérant qu'aux termes de la clause IC 34.1, l'autorité contractante comparera toutes les offres substantiellement conformes pour déterminer l'offre évaluée la moins disante ;

Qu'en application de cette clause, la phase de la conformité des offres précède obligatoirement celle de la recherche de l'offre moins-disante ; que même si la prise en compte de l'autorisation du fabricant produite par la requérante dans son offre pourrait ne pas avoir d'incidence sur les résultats d'évaluation, un motif erroné ne saurait être retenu pour justifier le rejet de l'offre de COMELEC ELECTRICITE ;

2. Sur le recours de l'entreprise ETRABAT

Considérant que pour rejeter l'offre du soumissionnaire ETRABAT, la sous-commission d'analyse a retenu son incapacité à exécuter correctement les précédents marchés relatifs aux travaux de réhabilitation de Roc Hôtel et Hôtel ABOUTA sis respectivement à Atakpamé et à Badou ;



8

Considérant que la requérante conteste ce motif en soutenant avoir exécuté les marchés ci-dessus évoqués tout en reconnaissant quelques difficultés d'exécution ou insatisfactions relevées par le Maître d'ouvrage ;

Considérant qu'un examen des pièces du dossier a permis de découvrir des documents relatifs aux malfaçons et insatisfactions retenues par l'autorité contractante dans le cadre des marchés antérieurs précités ; que parmi ceux-ci figurent des lettres de mise en demeure et un « procès-verbal de visite du site de Roc Hôtel établi à la date du 24 août 2013 en vue de déterminer les responsabilités par rapport aux malfaçons constatées dans l'exécution des travaux » ;

Considérant qu'il résulte des documents produits au dossier que les carences relevées dans le cadre de l'exécution des travaux antérieurs mettent en cause aussi bien la requérante que l'entreprise ADTF qui s'est vue désigner attributaire du lot n° 3 de cet appel d'offres ;

Considérant qu'il est constant que le dossier d'appel d'offres ne contient aucune clause relative à la mauvaise exécution des marchés antérieurs comme motif de rejet des offres ;

Que cependant, il est anormal voire discriminatoire que les motifs d'antécédents liés à la non-exécution des marchés antérieurs soient retenus pour écarter le soumissionnaire ETRABAT et ignorés à l'égard du soumissionnaire ADTF, attributaire du lot n° 3 ; qu'en agissant ainsi, la commission de passation des marchés publics a violé le principe d'égalité de traitement des candidats ;

Considérant que suivant le procès-verbal sus-cité, une mission composée du représentant du Maître d'ouvrage et des titulaires des marchés s'est rendue sur le site pour relever des malfaçons que ces derniers se sont engagés à réparer ;

Qu' il est constant que les travaux des marchés de réhabilitation de ROC Hôtel et Hôtel ABOUTA présentent de véritables difficultés ; que prévus pour être exécutés entre 60 jours au minimum et 120 jours au maximum, lesdits travaux qui ont débuté courant année 2011 ne sont pas encore réceptionnés, soit environ deux ans après ; que l'autorité contractante qui a connaissance de tous ces désagréments ne saurait, par souci d'efficacité et de recherche de la qualité des travaux, les ignorer lors de l'élaboration du présent dossier d'appel d'offres ;

Considérant qu'en raison de la gravité des faits constitutifs de ces antécédents, l'autorité contractante a manqué de saisir l'Autorité de régulation des marchés publics pour se voir autoriser à insérer une clause d'exclusion à la participation à son appel à concurrence liée aux antécédents sus-évoqués ;



3. Sur la combinaison dite la plus avantageuse proposée par la DNCMP à l'autorité contractante

Considérant qu'au terme de l'évaluation des offres, l'offre de l'entreprise TOP 2S s'est révélée moins disante pour les lots n° 1 et n° 2 ;

Qu'en raison de la clause du dossier d'appel d'offres qui interdit à tout candidat de se voir attribuer plus d'un lot, l'autorité contractante a attribué le lot n° 1 à l'entreprise TOP 2S et le lot n° 2 à l'entreprise le LOYAL ;

Que suite à la recommandation de la DNCMP sur la base de la combinaison la plus avantageuse, le lot n° 1 est attribué à ETRABAT et le lot n° 2 à TOP 2S ;

Que suite à la réaction de l'autorité contractante qui a évoqué des antécédents relatifs à la mauvaise exécution de marchés antérieurs, la DNCMP a reconsidéré sa position en recommandant une autre combinaison dite toujours la plus avantageuse qui fait attribuer le lot n° 1 à l'entreprise COFFRATO et le lot n° 2 à TOP 2S ;

Considérant qu'il est constant que l'un des soumissionnaires notamment l'entreprise le LOYAL dont l'offre est moins disante au terme de l'évaluation se trouve évincé sur tous les lots ;

Considérant que si la combinaison proposée par la DNCMP était en réalité la plus avantageuse, la mauvaise exécution des marchés antérieurs, non prévue dans le dossier d'appel d'offres, ne saurait constituer un motif pour lui permettre de les remettre en cause et d'en déterminer une autre ; qu'il ne saurait y avoir plusieurs combinaisons toutes dites la plus avantageuse ;

Considérant qu'il est de jurisprudence que, dans un marché réparti en plusieurs lots avec interdiction pour un soumissionnaire de se voir attribuer plus d'un lot, autant un soumissionnaire n'a pas le droit de choisir le lot qui lui conviendrait, autant la commission de passation n'a d'autre choix que de suivre l'ordre chronologique établi dans la présentation des lots pour les attribuer ; qu'en l'espèce, l'ordre chronologique retenu est numéral ; que le soumissionnaire TOP 2S, initialement désigné attributaire du lot n° 1 ne devrait pas se retrouver attributaire du lot n° 2 ;

Que l'attribution à laquelle est parvenue l'autorité contractante sur la base de la combinaison la plus avantageuse est aléatoire et ne respecte pas les principes de la transparence et d'égalité de traitement des candidats.

Que dès à présent, au regard de tout ce qui précède et en attendant de voir régler ces différends et pour ne pas compromettre davantage les intérêts de l'autorité contractante en la laissant dépenser les deniers publics sans pouvoir

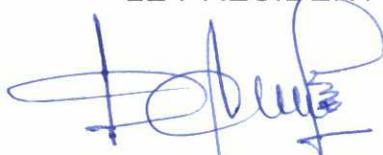
satisfaire les besoins identifiés, il convient d'ordonner l'annulation des résultats d'attribution des lots n° 1 et n° 3 et de la procédure de passation dont s'agit ;

DECIDE :

- 1) Déclare les recours des entreprises ETRABAT et COMELEC ELECTRICITE fondés ;
- 2) Ordonne l'annulation de l'attribution des lots n° 1 et n° 3 de l'appel d'offres susmentionné ;
- 3) Ordonne également l'annulation de l'appel d'offres ouvert n° 001/MT/CAB/SG/2013 du 09 avril 2013 ;
- 4) Ordonne également la reprise du processus de passation du marché en cause ;
- 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 aux entreprises ETRABAT et COMELEC ELECTRICITE, au ministère du tourisme, 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