

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail-Liberté-Patrie



Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

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

**DECISION N° 156-2013/ARMP/CRD DU 06 NOVEMBRE 2013
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE STIEA SARL
CONTESTANT LES RESULTATS PROVISOIRES DE L'APPEL D'OFFRES
N° 006-2013/MAEP/SG/PPAAO/SPM DU 13 MAI 2013 DU MINISTERE
DE L'AGRICULTURE, DE L'ELEVAGE ET DE LA PECHE RELATIF A
L'ACQUISITION DE DIVERS MATERIELS ET EQUIPEMENTS AGRICOLES
AU PROFIT DES STATIONS DE RECHERCHE DE L'INSTITUT TOGOLAIS
DE RECHERCHE AGRONOMIQUE (ITRA) ET DES ENTREPRISES DE
SERVICES AUX ORGANISATIONS DE PRODUCTEURS (ESOP)-LOT N° 1**

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 société STIEA Sarl datée du 04 octobre 2013 et enregistrée le 07 octobre 2013 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 1684 ;

Sur le rapport du Directeur des services administratif et financier assurant l'intérim du Directeur général de l'Autorité de régulation des marchés publics ;

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

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Adopte la présente décision fondée sur la régularité du recours ;

Par décision n° 148-2013/ARMP/CRD du 16 octobre 2013, le Comité de règlement des différends (CRD) de l'ARMP a reçu le recours de la société STIEA Sarl en contestation des résultats provisoires et a ordonné la suspension de la procédure d'attribution de l'appel d'offres sus-indiqué jusqu'au prononcé de la décision au fond.

Par lettre référencée n° 2267/ARMP/DG/DRAJ datée du 11 octobre 2013, la direction générale de l'ARMP a réclamé à la personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante de lui transmettre la documentation utile à l'instruction du dossier.

Par bordereau d'envoi n° 1541/MAEP/Cab/PRMP datée du 16 octobre 2013, reçue le 17 octobre 2013 et enregistrée sous le numéro 1720, la Personne responsable des marchés publics du ministère de l'agriculture de l'élevage et de la pêche a fait parvenir à l'ARMP les documents ainsi réclamés.

LES FAITS

Le ministère de l'agriculture, de l'élevage et de la pêche a lancé le 13 mai 2013, l'appel d'offres n° 006-2013/MAEP/SG/PPAO/SPM relatif à l'acquisition de divers matériels et équipements agricoles au profit des stations de recherche de l'Institut togolais de recherche agronomique (ITRA) et des Entreprises de services aux organisations de producteurs (ESOP).



A la date limite de dépôt des offres fixée au 02 juillet 2013, la commission de passation des marchés publics du ministère de l'agriculture de l'élevage et de la pêche a reçu et ouvert les offres présentées par sept (07) soumissionnaires dont la société STIEA Sarl qui a soumissionné pour les lots n° 1 et n° 2.

A l'issue de l'évaluation des offres, la commission de passation a déclaré la société CFAO MOTORS attributaire provisoire du lot n° 1 pour un montant de cent quatre-vingt-deux millions huit cent vingt-sept mille trois cent (182 827 300) FCFA hors taxes. Quant au lot n° 2, il a été déclaré infructueux, faute d'offre conforme.

Après l'avis de non objection de la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) donné par lettre n° 2515/MEF/DNCMP/DAF datée du 25 septembre 2013, la personne responsable des marchés publics du ministère de l'agriculture de l'élevage et de la pêche a informé par lettre référencée n° 1383/MAEP/Cab/PRMP datée du 26 septembre 2013 et reçue le même jour, le soumissionnaire STIEA Sarl des résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné et corrélativement le rejet de ses offres.

Après avoir pris connaissance desdits résultats, la société STIEA Sarl a, par lettre datée du 30 septembre 2013 adressée à la personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante, contesté les résultats provisoires du lot n° 1 par un recours gracieux.

Par lettre référencée n° 1421/MAEP/Cab/PRMP/PPAAO/SPM, reçue le 03 octobre 2013 par la requérante, l'autorité contractante a rejeté le recours gracieux ainsi introduit.

Non satisfaite, la société STIEA Sarl a, par lettre datée du 04 octobre 2013 et enregistrée le 07 octobre 2013 sous le numéro 1684, saisi l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) pour contester les résultats provisoires du lot n° 1 de l'appel d'offres susmentionné.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

La société STIEA Sarl conteste les résultats provisoires du lot n° 1 de l'appel d'offres susmentionné et soutient à l'appui de son recours:

- que contrairement aux conclusions de la sous-commission d'évaluation, la loi n'autorise nulle part la division euclidienne opérée sur son offre ;
- qu'elle constate que l'attitude de l'autorité contractante est de nature à interdire la participation à la commande publique des jeunes sociétés même techniquement qualifiées et soutenues par les institutions financières, ce qui constitue une violation des principes de concurrence,

de liberté d'accès à la commande publique, d'économie, d'efficacité et d'égalité de traitement des candidats ;

- qu'elle a été créée le 30 octobre 2012 et a démarré ses activités le 03 janvier 2013 ; que dans ce contexte elle n'a donc pu produire que les états financiers couvrant la période de janvier à mai 2013 dont le chiffre d'affaires s'élève à 75.675.085 F CFA ;
- que ces états financiers réalisés et certifiés par le cabinet KG AFRIC & ASSOCIATES attestent qu'elle existe et mène réellement des activités ;
- qu'en plus, elle a fourni dans son offre, une attestation de capacité financière délivrée par ORABANK en se fondant sur l'article 48 du code des marchés publics qui dispose que les soumissionnaires peuvent, pour une raison justifiée, prouver leur capacité économique et financière par tout autre document considéré comme approprié par l'autorité contractante ; que cette attestation de capacité financière stipule clairement que la banque est prête à financer ce marché si elle est déclarée attributaire ;
- que son jeune âge est une raison justifiant son incapacité à produire les états financiers des trois dernières années ;
- que l'argument de la sous-commission selon lequel les états financiers qu'elle a produits n'ont pas été approuvés par la Direction générale des impôts (DGI) n'est qu'un prétexte pour l'écarter de la procédure ; que la DGI n'a pas pour vocation d'approuver les états financiers mais de veiller à leur régularité lors des déclarations fiscales ;
- qu'elle estime que le principe de l'économie et de l'efficacité n'a pas guidé la procédure d'évaluation des offres étant donné que le montant de l'offre de l'attributaire provisoire (182.827.300 F CFA hors taxes) fait le double de celui de son offre (93.140.000 F CFA hors taxes) alors que les spécifications techniques du matériel proposé ne sont guère différentes ;
- que l'autorité contractante a usé de tous les moyens pour favoriser le soumissionnaire CFAO Motors car ayant constaté qu'elle a un chiffre d'affaires partiel, elle a utilisé maladroitement la loi n° 2009-013 relative aux marchés publics et délégations de service public pour mettre son chiffre d'affaires en infériorité tout en invoquant par contre les dispositions du dossier d'appel d'offres national (DAON) pour rejeter l'attestation de capacité financière qu'elle a produite ;

- que ce comportement de l'autorité contractante a eu pour conséquence de rendre infructueux le lot n° 2 alors que ce lot lui revenait de droit ;
- que malgré son jeune âge, elle n'est pas néophyte dans l'exécution des marchés similaires vu l'expérience de son directeur général actuel qui a eu à diriger une société qui a réalisé un chiffre d'affaires de 1,02 milliard en 2011.

LES MOTIFS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

L'autorité contractante a déclaré l'offre de la société STIEA Sarl non conforme au motif :

- qu'elle n'a fourni que les états financiers de l'exercice 2013 alors que le dossier d'appel d'offres exige un chiffre d'affaire annuel moyen des trois dernières années (2010, 2011 et 2012) équivalant à au moins une fois le montant de son offre ;
- que de plus les états financiers produits, bien que certifiés par un expert-comptable, ne sont pas approuvés par la Direction générale des impôts ;
- que conformément aux conditions de qualification à postériori (clauses 38.2 des IS), la capacité financière doit normalement s'analyser sur la base d'un seul critère qui est la valeur monétaire moyenne des chiffres d'affaires des trois (03) dernières années à savoir 2010, 2011 et 2012.
- que cependant, en application du principe d'égalité de traitement des candidats énoncés par l'article 2 du code des marchés publics, la commission d'évaluation a pris en considération le chiffre d'affaires produit par la requérante en divisant son montant par le nombre d'années exigé ; que cette simulation a donné un chiffre d'affaires moyen annuel égal à 25 225 028 ; que cette valeur est inférieure à une (01) fois le montant des deux offres de la requérante tant pour le lot n° 1 que pour le lot n° 2 ;
- que sur cette base, la commission d'évaluation a déduit que STIEA Sarl ne dispose pas d'une capacité financière suffisante pour exécuter les marchés des deux lots de l'appel d'offres ;
- que s'agissant de l'attestation de capacité financière fournie par la requérante, la commission d'évaluation ne saurait prendre en considération cet élément au risque de méconnaître les dispositions du dossier d'appel d'offres ;

- que pour preuve la première partie du paragraphe 4 des conditions de qualification à posteriori du DAON précise : « après avoir déterminé l'offre la moins-disante suivant les dispositions de l'alinéa 36 des IS, l'Acheteur vérifiera à postérieur que le soumissionnaire est qualifié conformément aux dispositions de la clause 38 des IS, en faisant exclusivement état des conditions mentionnées dans ladite clause. Aucun facteur qui n'est pas défini ci-dessous ne pourra être utilisé pour juger de la qualification du soumissionnaire » ;
- que de plus, le paragraphe 2.58 des directives de l'Association Internationale de Développement (IDA) qui est le bailleur du projet, édition de janvier 2011, précise que « en l'absence de pré qualification, l'Emprunteur doit déterminer si le soumissionnaire dont l'offre a été évaluée la moins-disante a la capacité nécessaire pour exécuter le marché de la manière indiquée dans l'offre. Les critères à remplir auront été précisés dans le dossier d'appel d'offres et, si le soumissionnaire n'y répond pas, son offre sera rejetée » ;
- que c'est pour cette raison que la commission d'évaluation a conclu que la vérification des conditions de qualification a posteriori de cette société ne peut être fondée sur la fourniture d'une attestation de capacité financière, qui constitue un nouveau facteur de sélection non exigé par le DAON ;
- qu'en application du principe d'efficacité et d'économie, les directives de l'IDA indiquent que « l'évaluation doit permettre de déterminer le coût de chaque offre pour l'Emprunteur et de comparer les offres entre elles sur cette base ; sous réserve des dispositions du paragraphe 2.58, l'offre retenue est celle dont le coût est évalué le moins-disant, et non nécessairement celle dont le prix est le plus bas » ;
- que le principe d'égalité de traitement des candidats est un principe universellement établi et reconnu pour tout marché public ; qu'elle n'a donc fait qu'appliquer toutes les dispositions contenues dans le DAON et ceci de manière équitable par rapport à tous les soumissionnaires ;
- qu'il tient à préciser qu'il est indiqué dans l'accord de financement signé par le Togo et la Banque Mondiale dans le cadre du présent projet, que les dispositions qui régissent les marchés de l'IDA sont entièrement applicables aux marchés à passer sur le projet ;

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur la conformité de l'offre du soumissionnaire STIEA Sarl aux critères de qualification exigés dans le dossier d'appel d'offres.

EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

Considérant qu'aux termes de l'article 48 du code des marchés publics, des autorités contractantes précisent, dans un avis de marché ou dans l'invitation à soumissionner, entre autres références, une déclaration concernant les chiffres d'affaires globale et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activité faisant l'objet du marché ou de la délégation, pour au maximum, des trois (03) derniers exercices en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activité du soumissionnaire ;

Considérant que suivant le point 4 (a) « capacité financière » des critères d'évaluation et de qualification du dossier d'appel d'offres, « le soumissionnaire doit fournir la preuve écrite qu'il satisfait aux exigences ci-après :

- avoir réalisé au cours des trois (03) dernières années, un chiffre d'affaires annuel moyen égal au moins à une (01) fois le montant pour lequel il est pressenti comme attributaire. Le soumissionnaire doit joindre à son offre toute preuve (Etats financiers certifiés des trois dernières années) de ses chiffres d'affaires » ;

Considérant que pour prouver sa qualification, la société STIEA Sarl a présenté le chiffre d'affaires des cinq (05) premiers mois de l'année 2013 estimé à soixante-quinze millions six cent soixante-quinze mille quatre-vingt-cinq (75.675.085) francs CFA et une attestation de capacité financière à lui délivrée par ORABANK ;

Considérant que la sous-commission d'analyse a, après évaluation des offres, conclu que la société STIEA Sarl n'a pas rempli les conditions de chiffres d'affaires exigées dans le dossier d'appel d'offres ;

Considérant qu'il convient de relever au regard du point a) du dossier d'appel d'offres et tenant compte de la date de dépôt des offres fixée au 05 avril 2013, chaque soumissionnaire doit produire les chiffres d'affaires des années 2010, 2011 et 2012 ;

Que l'analyse de l'offre du soumissionnaire STIEA Sarl révèle qu'elle ne contient pas les chiffres d'affaires des années 2010, 2011 et 2012 ;



7

Considérant que le dossier type d'appel d'offres applicable définit une liste exhaustive de documents et d'informations susceptibles d'être demandés aux candidats et soumissionnaires ; que parmi ceux-ci figurent en bonne place les renseignements ou documents concernant les chiffres d'affaires des trois dernières années dont le montant doit équivaloir à au moins une fois le montant de l'offre du soumissionnaire ;

Considérant que la requérante reconnaît n'avoir pas produit les chiffres d'affaires des années concernées et justifie cela par la jeunesse de sa structure créée le 30 octobre 2012 et disposant de cinq mois d'activités ; que toutefois, elle objecte que l'attestation de capacité financière qu'elle a produite dans son offre doit pouvoir prouver sa capacité financière à exécuter le marché ;

Considérant qu'il est exact que l'article 48 du code des marchés publics précité ajoute que si, pour une raison justifiée, le soumissionnaire n'est pas en mesure de produire les références demandées par l'autorité contractante, il est autorisé à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document considéré comme approprié par l'autorité contractante ;

Considérant que tenant compte de la date de sa création, la société STIEA Sarl se trouve dans l'impossibilité absolue de produire les références des chiffres d'affaires des années antérieures à sa création ;

Considérant que suivant la disposition sus-citée, tout autre document pouvant faire la preuve de la capacité financière du soumissionnaire doit porter sur les montants exigés par le dossier d'appel d'offres relativement au chiffre d'affaires ;

Que pour avoir proposé dans son offre financière, un prix de quatre-vingt-treize millions cent quarante mille (93.140.000) francs hors taxes, tout autre document produit en remplacement des références liées aux chiffres d'affaires et devant prouver sa capacité financière doit porter, au moins, sur ledit montant ;

Or, l'attestation de capacité financière produite par la requérante non seulement ne porte sur aucun montant mais encore et surtout est libellée sous certaines conditions telles que d'une part, « nous sommes disposés à examiner la demande de délivrance des cautionnements et de financement prévus dans le cadre de l'appel d'offres... » et d'autre part, « l'engagement de ORABANK TOGO au titre de la présente est assujéti à l'autorisation préalable de ses organes délibérants et la formalisation des garanties » ;

Que l'absence d'un engagement ferme sur un montant bien déterminé et correspondant à celui exigé par le dossier d'appel d'offres constitue un motif réel et sérieux utilisé par l'autorité contractante pour considérer ladite



attestation comme inappropriée pour se substituer au document relatif aux chiffres d'affaires conformément aux dispositions de l'article 48 précité ;

Qu'au regard de tout ce qui précède, il convient de rejeter la demande de la requérante ;

DECIDE :

1. Déclare le recours de la société STIEA Sarl non fondé ;
2. La déboute de tous ses moyens, prétentions et demandes ;
3. Ordonne la mainlevée de la mesure de suspension de l'attribution de l'appel d'offres susmentionné, prononcée par décision n° 148-2013/ARMP/CRD du 16 octobre 2013 ;
4. Dit que la présente décision est immédiatement exécutoire nonobstant toutes voies de recours ;
5. Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la société STIEA Sarl, au ministère de l'agriculture de l'élevage et de la pêche, ainsi qu'à la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP), la présente décision qui sera publiée.

LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS (CRD)

LE PRESIDENT



Madame Ayélé DATTI

LES MEMBRES



Abeyeta DJENDA



Kuami Gaméli LODONOU

Pour le Directeur général absent,
Le Directeur des services administratif
et financier et p.i.
Rapporteur



Elom Kwami AZIADEKEY