REPUBLIQUE TOGOLAISE
Travail - Liberté - Patrie

AUTORITE DE REGULATION DE LA COMMANDE PUBLIQUE

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

DECISION N° 056-2023/ARCOP/CRD DU 28 DECEMBRE 2023 DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE SOBER CONSULTING CONTESTANT LES RESULTATS PROVISOIRES DE LA DEMANDE DE RENSEIGNEMENT DE PRIX N° 02/2023/UL/PRMP/CERSA DU 18 AOÛT 2023 DE L'UNIVERSITE DE LOME RELATIVE A L'ACHAT DE PROVENDES POUR LA PRODUCTION D'ALIMENTS DES VOLAILLES AU PROFIT DU CENTRE D'EXCELLENCE REGIONAL SUR LES SCIENCES AVIAIRES (CERSA)

LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN FORMATION LITIGES,

Vu la loi n° 2021-033 du 31 décembre 2021 relative aux marchés publics ;

Vu la loi n° 2021-034 du 31 décembre 2021 relative aux contrats de partenariat public-privé ;

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 le décret n° 2022-063/PR du 11 mai 2022 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

Vu le décret n° 2022-065/PR du 11 mai 2022 portant modalités de mise en œuvre des procédures de passation et d'exécution des contrats de partenariat public-privé ;

Vu le décret n° 2022-080/PR du 06 juillet 2022 portant code des marchés publics ;

Vu le décret n° 2023-054/PR du 28 juillet 2023 portant nomination d'un magistrat au Conseil de régulation de la commande publique de l'Autorité de régulation des commande publique (ARCOP) ;

Vu l'arrêté n° 013/MEF/CAB/SG du 13 février 2019 portant nomination d'un Directeur général par intérim 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 de l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) ;

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 décision n° 001/2023/ARCOP/CR du 21 août 2023 modifiant 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 datée du 18 décembre 2023 introduite par la société SOBER CONSULTING, et enregistrée le 19 décembre 2023 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 2564 ;

Sur le rapport du Directeur général par intérim de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

En présence de Madame Ayélé DATTI, Président, et de Messieurs Konaté APITA, Abeyeta DJENDA et Dindangue KOMINTE membres dudit Comité ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Adopte la présente décision portant sur le bien-fondé du recours.

Par lettre n° 3320/ARCOP/DG/DRAJ du 21 décembre 2023, la direction générale de l'ARCOP a réclamé à la Personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante la documentation utile à l'instruction du dossier.

Par décision n° 054-2023/ARCOP/CRD du 26 décembre 2023, le Comité de règlement des différends de l'ARCOP a reçu le recours de la société SOBER CONSULTING et a ordonné la suspension de la demande de renseignement de prix sus-indiquée jusqu'au prononcé de la décision au fond.

Par lettre n° 1066/UL/CP/PRMP/12-2023 du 27 décembre 2023 reçue le même jour au secrétariat du CRD et enregistrée sous le numéro 2643, la Personne responsable des marchés publics de l'Université de Lomé a fait parvenir à l'ARCOP la documentation ainsi réclamée.

LES FAITS

L'Université de Lomé a lancé le 18 août 2023, en lot unique, la demande de renseignement de prix n° 02/2023/UL/PRMP/CERSA, pour l'achat de provendes pour la production d'aliments des volailles au profit du Centre d'excellence régional sur les sciences aviaires (CERSA).

A la date limite de dépôt des offres fixée au 1er septembre 2023, la commission ad'hoc d'ouverture des offres a reçu et ouvert les offres présentées par quatre (04) soumissionnaires dont les sociétés SOBER CONSULTING et AGS Sarl U.

A l'issue de l'évaluation des offres la sous-commission d'analyse des offres a retenu attributaire provisoire la société AGS Sarl U pour un montant minimum de trente-six millions quatre cent quarante et un mille neuf cent cinquante-cinq (36 441 955) et un montant maximum de soixante-six millions deux cent quarante-deux mille cent dix (66 242 110) F CFA toutes taxes comprises.

Après l'avis de non objection de la commission de contrôle des marchés publics (CCMP) donné suivant procès-verbal n° 140/CCMP/11-2023 du 23 novembre 2023 sur le rapport d'évaluation des offres, la Personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante a, par lettre n° 987/UL/CP/PRMP/2023 du 08 décembre 2023, informé tous les soumissionnaires y compris la société SOBER CONSULTING des résultats provisoires de la demande de renseignement de prix sus-indiquée et corrélativement du rejet de son offre.

Par lettre datée du 12 décembre 2023, la société SOBER CONSULTING a contesté le rejet de son offre par un recours gracieux.

N'ayant pas reçu de réponse à son recours gracieux, la société SOBER CONSULTING a, par lettre datée du 18 décembre 2023, saisi le Comité de règlement des différends pour contester les résultats provisoires de la demande de renseignement de prix sus-indiquée.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

La société SOBER CONSULTING conteste les résultats provisoires susmentionnés et soutient à l'appui de son recours :

- que l'autorité contractante a rejeté son offre au motif que la preuve de marché similaire relative à la livraison d'animaux qu'elle a fournie ne présente pas de similarité avec l'objet du marché qui porte sur la fourniture de provendes ou d'ingrédients destinés à la production d'aliments des volailles ;

- qu'elle tient à faire observer que ce motif est discutable ;

- qu'en effet, elle a fourni une attestation de bonne exécution d'un marché de livraison de plusieurs animaux dont les volailles sur toute l'étendue du territoire lequel comporte des risques et des difficultés d'une grande complexité ;

- que fort du succès obtenu dans l'exécution du marché sus-évoqué qui implique notamment l'approvisionnement en aliments des volailles et tenant compte de la capacité technique et expérience dont dispose sa structure, elle s'estime capable de fournir les ingrédients conformément aux spécifications techniques définies dans la DRP;

- qu'elle est une jeune entreprise de moins de deux (2) ans qui essaye tant bien que mal de se faire une place et être une référence en matière de prestations de services et a besoins de ce type de marchés pour acquérir de l'expérience ;
- qu'elle voudrait par ailleurs attirer l'attention du Comité sur le fait que la société AGS Sarl U retenue attributaire provisoire ne dispose pas de la capacité financière requise dans la DRP ;
- que de plus, ladite société n' a pas fourni de formulaire signé d'engagement au respect des dispositions du code d'éthique tel que l'exige la réglementation en vigueur ;
- qu'au regard de ce qui précède, elle estime avoir été injustement disqualifiée de l'attribution du marché et demande au Comité de règlement des différends de la rétablir dans ses droits.

LES MOYENS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

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

- que l'offre de l'entreprise SOBER CONSULTING est rejetée pour avoir fourni une preuve de marchés similaires qui a trait à livraison d'animaux ne présentant aucune similarité avec l'objet du marché projeté dans la DRP qui porte sur la fourniture de provendes ou d'ingrédients destinés à la production d'aliments des volailles ;
- que sur la demande de la requérante, des éclaircissements lui ont été donnés sur la spécificité et la complexité d'un marché de livraison des ingrédients alimentaires qui ne peut être assimilé à la fourniture de bétail en raison des analyses de laboratoires qui sont effectuées pour s'assurer de la conformité des produits livrés aux spécifications techniques exigées ;
- qu'elle est étonnée du recours introduit par la société SOBER CONSULTING d'autant plus qu'elle avait pris bonne note des explications fournies ;
- que s'agissant du grief de la requérante concernant la capacité financière insuffisante relevée dans l'offre de la société AGS Sarl U retenue attributaire provisoire, elle tient à préciser que le choix de demander audit soumissionnaire de fournir une capacité financière en complément était dicté par la nécessité de sauver ce processus de marché qui risque d'être déclaré infructueux ;
- que de plus, le CERSA se voit dans l'obligation de s'approvisionner dans les meilleurs délais en aliments pour la survie des volailles et la poursuite des activités de recherche des étudiants, ses stocks d'aliments étant épuisés depuis deux (2) mois ;

- qu'au regard de ce qui précède, elle demande au Comité de règlement des différends de bien vouloir déclarer non fondé le recours de la société SOBER CONSULTING et d'ordonner la mainlevée de la mesure de suspension prononcée par décision n° 054-2023/ARCOP/CRD du 26 décembre 2023.

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur la régularité du motif de rejet de l'offre de la requérante basé sur la non satisfaction du critère de marché similaire posé dans le dossier de demande de renseignement de prix (DRP).

AU FOND

➢ Sur l'exigence de marché similaire

Considérant que l'objet de la demande de renseignement de prix (DRP) sus-indiquée porte sur la fourniture de provende pour la production d'aliments de volailles au profit du Centre d'excellence régional sur les sciences aviaires (CERSA) ;

Qu'à la clause IC 6.1 d) des Données particulières de la DRP, l'autorité contractante a exigé des candidats, au titre de leur qualification, d'avoir exécuté au moins un (1) marché portant sur des commandes de fournitures similaires ;

Considérant qu'en réponse à cette exigence, la société SOBER CONSULTING a fourni dans son offre une attestation à elle délivrée par la Direction nationale de SOS Villages d'Enfants-Togo par laquelle celle-ci indique qu'elle a fourni dans la période de décembre 2022 à février 2023 des services portant livraison des animaux (caprins, porcins et volailles) sur les projets ARPEJ, FaCoFPE et LNF au profit des communautés ciblées sur les sites de Lomé, Atakpamé, Kara et Dapaong ;

Considérant que suivant le rapport d'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a estimé que la référence fournie par la requérante ne répond pas à l'exigence de similarité requise au regard de l'objet du marché et l'a donc disqualifiée de l'attribution du marché ;

Considérant que la société SOBER CONSULTING conteste ce motif de rejet de son offre en arguant que la fourniture d'animaux et d'aliments relèvent du même domaine et qu'ainsi la référence antérieure qu'elle a fournie est bien similaire à l'objet du marché ;

Considérant que par définition, un marché similaire s'apprécie par rapport à la nature, au volume, à la complexité et aux méthodes d'exécution en rapport avec l'objet du marché projeté ;

Considérant que la production d'animaux concerne l'ensemble des techniques et connaissances qui concourent à la reproduction et au développement des animaux alors que celle d'aliments pour bétail fait référence aux connaissances et techniques liées à leur composition, aux conditions de conservation tout en tenant compte de l'âge des animaux auxquels ces aliments sont destinés ;

Qu'il en résulte que contrairement à l'argumentaire de la requérante, même si la production d'animaux et celle d'aliments pour bétails peuvent être considérées toutes comme des activités relevant du domaine agricole, il n'en demeure pas moins que ces deux activités demeurent deux branches bien distinctes qui requièrent des techniques et méthodes de production bien différentes ; qu'ainsi, le grief de la requérante tendant à faire croire que la fourniture d'animaux est similaire à celle des aliments pour bétail n'est pas pertinent et mérite donc d'être rejeté ;

- **Sur la capacité financière de l'attributaire provisoire**

Considérant que la requérante reproche à l'autorité contractante d'avoir attribué le marché à la société ALL GREAN SERVICES (AGS) Sarl U alors que celle-ci n'a pas fourni dans son offre la capacité financière requise par le dossier de demande de renseignement de prix ;

Considérant qu'au titre des exigences de qualification requises par la clause IC 6.1 d) des Données particulières de la DRP, il est effectivement requis des candidats de disposer, entre autres, d'une capacité financière à hauteur de 0,5 fois le montant de leurs offres financières ;

Considérant que l'instruction du dossier fait ressortir qu'à la date d'ouverture des plis, la société AGS Sarl U déclarée attributaire provisoire du marché, n'avait pas fourni de capacité financière dans son offre ;

Considérant que par principe, l'exigence de capacité financière vise à s'assurer de la capacité du soumissionnaire à préfinancer l'exécution du marché avant tout paiement par l'autorité contractante ; qu'au regard de l'objet de l'exigence de ce critère de qualification, il ne saurait être considéré comme des éléments susceptibles d'être produits a posteriori par un candidat ;

Qu'ainsi, dès lors qu'elle est requise, tout soumissionnaire a l'obligation d'en fournir la preuve dans son offre au risque de se voir disqualifier de l'attribution du marché ; qu'il en résulte qu'en ayant pas fourni la preuve de capacité financière dans son offre, la société AGS Sarl U n'a pas satisfait à l'exigence de capacité financière ; qu'ainsi, la sous-commission d'analyse aurait pu disqualifier ladite société de l'attribution du marché ;

Considérant cependant qu'il résulte de l'instruction du dossier que parmi les soumissionnaires ayant présenté des offres, l'offre de la société AGS Sarl U est la seule dont le montant cadre avec l'enveloppe prévisionnelle disponible et qui satisfait à toutes les exigences, exceptée l'exigence relative à la capacité

financière ; que par crainte de voir la procédure déclarée infructueuse faute d'offre conforme et surtout tenant compte de l'importance des aliments en rupture depuis deux mois pour la survie des volailles et la nécessité de la poursuite des activités de recherche des étudiants, la sous-commission d'analyse s'est résolue à réclamer à ladite société de fournir la capacité financière requise ;

Considérant qu'en réponse, la société AGS Sarl U a par lettre du 18 septembre reçue le 21 septembre 2023 transmis à l'autorité contractante une attestation de capacité financière d'un montant de trente-cinq millions (35 000 000) de francs CFA à elle délivrée par la COMPAGNIE FINANCIERE AFRICAINE (COFINA) Togo SA qui atteste que cette dernière dispose de ce montant pour l'exécution du marché au cas où elle est déclarée attributaire ;

Considérant qu'il résulte des motifs sus-évoqués que la décision de l'autorité contractante de réclamer la capacité financière à la société AGS Sarl U a été prise dans l'intérêt de sauver la procédure en cause dont l'objet est de nourrir les volailles destinées aux centres de recherches qui sont en situation de rupture depuis un certain temps ;

Que dès lors que la société AGS Sarl U a effectivement déféré à cette demande en fournissant la capacité financière, il y a lieu de dire que la décision de l'autorité contractante d'attribuer le marché à ce soumissionnaire ne lèse ni la requérante ni un autre concurrent dont les offres se sont toutes révélées non conformes à l'issue de l'évaluation ;

Qu'au regard de ce qui précède, il convient de déclarer le recours de la société SOBER CONSULTING non fondé et d'ordonner la mainlevée de la mesure de suspension prononcée par décision n° 054-2023/ARCOP/CRD du 26 décembre 2023 ainsi que la poursuite de la procédure de passation dont s'agit.

DECIDE :

1) Déclare le recours la société SOBER CONSULTING non fondé ;

2) Ordonne, en conséquence, la mainlevée de la mesure de suspension prononcée par décision n° 054-2023/ARCOP/CRD du 26 décembre 2023 ainsi que la poursuite de la procédure de passation de la demande de renseignement de prix n° 02/2023/UL/PRMP/CERSA du 18 août 2023 ;

3) Dit que la présente décision est immédiatement exécutoire nonobstant toutes voies de recours ;

4) Dit que le Directeur général par intérim de l'ARCOP est chargé de notifier à la société SOBER CONSULTING, à l'Université de Lomé (UL), ainsi qu'à la Direction nationale du contrôle de la commande publique (DNCCP), la présente décision qui sera publiée.

LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS (CRD)

LE PRESIDENT

Ayélé DATTI

LES MEMBRES

Konaté APITA

Abeyeta DJENDA

Didangue KOMINTE