



**Copie certifiée
conforme à l'original**

DECISION N°009/2013/ANRMP/CRS DU 08 MAI 2013
SUR LA DENONCIATION FAITE PAR LE GROUPEMENT INTERNATIONAL CONTAINER
TERMINAL SERVICES INC (ICTSI)/CMA-CGMT/TERMINAL LINK/MOVIS/NECOTRANS POUR
IRREGULARITES COMMISES DANS LA PROCEDURE DE PASSATION DE L'APPEL
D'OFFRES INTERNATIONAL AVEC PRESELECTION N°S31/2012 PORTANT MISE EN
CONCESSION DE LA REALISATION ET DE L'EXPLOITATION DU DEUXIEME TERMINAL A
CONTENEURS (TC 2) DU PORT D'ABIDJAN

**LA CELLULE RECOURS ET SANCTIONS STATUANT EN MATIERE D'IRREGULARITES,
D'ACTES DE CORRUPTION ET DE PRATIQUES FRAUDULEUSES ;**

Vu le décret n° 2009-259 du 6 août 2009 portant Code des Marchés Publics ;

Vu le décret n°2009-260 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics (ANRMP) ;

Vu le décret n° 2010-62 du 27 avril 2010 portant nomination du Président de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics ;

Vu le décret n° 2010-64 du 27 avril 2010 portant nomination des membres de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics ;

Vu l'arrêté n°661/MEF/ANRMP du 14 septembre 2010 fixant les modalités de saisine, les procédures d'instruction et de décision de la Cellule Recours et Sanctions de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics (ANRMP) ;

Vu la correspondance en date du 16 avril 2013 du groupement International Container Terminal Services Inc (ICTSI)/CMA-CGMT/TERMINAL LINK/MOVIS/NECOTRANS ;

Vu les pièces du dossier ;

En présence de Monsieur COULIBALY Non Karna, le Président de la Cellule et de Messieurs YEPIE Auguste, TRAORE Brahima et AKO Yapi Eloi, membres ;

Assistés de Monsieur BILE Abia Vincent, le Secrétaire Général Adjoint chargé des Recours et Sanctions, rapporteur ;

Après avoir entendu le rapport de Monsieur BILE Abia Vincent exposant les irrégularités dénoncées ;

Après avoir délibéré conformément à la loi ;

Par correspondance en date du 16 avril 2013, enregistrée le même jour au Secrétariat Général de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics sous le n°077, le groupement International CONTAINER TERMINAL SERVICES INC (ICTSI)/CMA-CGMT/TERMINAL LINK/MOVIS/NECOTRANS a saisi l'ANRMP d'une dénonciation portant sur des irrégularités qui auraient été commises dans l'appel d'offres international avec présélection n°S31/2012 pour la mise en concession de la réalisation et de l'exploitation du deuxième Terminal à Conteneurs (TC 2) du Port d'Abidjan.

LES FAITS ET LA PROCEDURE

Le Port Autonome d'Abidjan (PAA) a fait publier dans les bulletins officiels des Marchés Publics (BOMP) des 19 et 26 juin 2012, un avis de présélection relatif à un appel d'offres international n°S31/2012 pour la mise en concession de la réalisation et de l'exploitation du deuxième Terminal à Conteneurs (TC 2) du Port d'Abidjan ;

Cet appel d'offres avec présélection devait se dérouler en deux (02) étapes dont la première consistait en l'analyse des offres techniques à l'issue de laquelle les soumissionnaires ayant obtenu les points requis, seraient invités à participer à l'étape deux (02) qui consistait à l'analyse des offres financières, sur la base du dossier d'appel d'offres préalablement révisé par l'autorité concédante ;

A la séance d'ouverture des plis qui s'est tenue le 18 juillet 2012, quatre (04) groupements ont soumissionné, à savoir :

- HANJIN/TIL/MSC ;
- APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS ;
- ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS ;
- PSA EUROPE/MARSA MAROC ;

A l'issue de la phase de présélection qui s'est tenue les 30 juillet et 17 août 2012, les quatre (04) groupements soumissionnaires ont été pré qualifiés pour participer à la première étape ;

Après l'examen des offres techniques, à la séance tenue le 24 décembre 2012, la Commission d'Ouverture des plis et de Jugement des Offres (COJO) a qualifié, pour participer à la deuxième étape, les trois (03) groupements qui avaient soumissionné à la première étape, pour avoir franchi le seuil de qualification fixé à 65 points sur 100 points ; ce sont :

- ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS classé premier avec 81,8 points sur 100 points ;
- HANJIN/TIL/MSC classé deuxième avec 73 points sur 100 points ;
- APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES TP classé troisième avec 66,9 points sur 100 points ;

Suite à l'examen des offres financières qui a eu lieu à la séance du 08 mars 2013, la COJO, a désigné comme attributaire provisoire de la concession pour la réalisation et l'exploitation du second Terminal à Conteneurs (TC 2) du Port d'Abidjan, le groupement APM

TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES TP qui a été classé premier avec 100 points sur 100, après avoir offert un ticket d'entrée portant sur la somme de cent vingt millions (120.000.000) d'euros, une redevance fixe annuelle de vingt deux millions (22.000.000) d'euros, une baisse du Tarif Public Plafond de 25% et une prévision de transbordement de 450.000 TEU (Twenty Equivalent Unit) ;

Par correspondance n°0610/2013/MPMEF/DGBF/DMP/27 du 14 mars 2013, la Direction des Marchés Publics a donné son avis de non objection et a invité l'autorité concédante à engager les négociations avec l'attributaire provisoire dans les conditions fixées par l'article 181 du Code des marchés publics ;

Par correspondance n°00800/DGPAA/DM/TC du 21 mars 2013, le Port Autonome d'Abidjan (PAA) a notifié les résultats de cet appel d'offres aux différents groupements soumissionnaires ;

Estimant que les résultats de cet appel d'offres lui causent un préjudice, le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS, a exercé par correspondance en date du 03 avril 2013, un recours gracieux auprès de la COJO avant de saisir l'ANRMP le 16 avril 2013 ;

Cependant, bien qu'ayant emprunté la procédure de règlement des litiges telle que prévue par l'article 167 du Code des marchés publics, il reste que ledit groupement ne démontre pas, aux termes de sa requête, qu'il a été injustement évincé dudit appel d'offres comme l'exige l'article 167 précité, notamment en établissant que c'est à tort que son offre a été rejetée alors qu'elle serait techniquement conforme et financièrement avantageuse ;

Par contre, le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS a essentiellement dénoncé des irrégularités dans la procédure de présélection, la violation des principes fondamentaux régissant les marchés publics, des irrégularités contenues dans le Règlement Particulier d'Appel d'Offres (RPAO) ainsi que le caractère arbitraire du jugement d'attribution ;

Ainsi, s'agissant du non respect des conditions de présélection, le plaignant soutient que la COJO en pré-qualifiant les groupements APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES et HANJIN/TIL/MSC a violé les articles 2.5 et 2.6 du dossier de présélection, lesquels exigeaient pour être présélectionné, et à peine d'exclusion directe, « *la production des comptes sociaux et annexes audités et certifiés des cinq (05) derniers exercices comptables clos du candidat ainsi que les rapports d'activités et rapports de gestion du candidat pour les cinq (05) dernières années* » ;

Or, selon le plaignant, la société APM TERMINAL du groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES, à l'exclusion de son rapport d'activités pour l'année 2007, n'a fourni que des rapports d'activités en anglais, au titre des années 2008, 2009 et 2010 ;

Quant à la société MSC du groupement HANJIN/TIL/MSC, elle n'a fourni ni ses comptes sociaux des cinq dernières années, ni aucun rapport d'activités tout comme la société TIL. Il

ajoute que les rapports d'activités de la société HANJIN SHIPPING au titre des années 2007 et 2011, ont été fournis en anglais ;

Le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS dénonce également le non respect, pendant la présélection, des règles de concurrence édictées par le Code des marchés publics et le Traité de Dakar du 10 janvier 1994 instituant l'UEMOA, lesquels interdisent les atteintes à la libre concurrence et les abus de position dominante ;

Le plaignant explique que le groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES étant déjà concessionnaire du premier Terminal à Conteneurs et exploitant plusieurs autres terminaux à conteneurs dans l'espace UEMOA, la COJO aurait dû rejeter son dossier dès la phase de présélection dans la mesure où le choix d'un tel candidat tendrait à instituer, favoriser ou entretenir la constitution de monopoles privés et de concentrations qui sont interdits par les articles 4.1 et 4.3 du règlement n°02/2002/CM/UEMOA ;

En outre, s'agissant des irrégularités contenues dans le Règlement Particulier d'Appel d'Offres (RPAO), le plaignant fait valoir que l'article 6.2 du RPAO consacre l'attribution du marché sur la base d'un critère unique d'appréciation : celui de la meilleure offre financière ; ce qui constitue une violation des règles des marchés publics notamment les articles 70.2 et 71.1 du Code des marchés publics qui exigent, outre l'analyse financière d'une offre, son analyse technique. Il estime par conséquent que le jugement d'attribution intervenu sur la base de ce seul critère est arbitraire ;

Le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS poursuit ses griefs, en indiquant que le RPAO révisé pour la seconde étape, en validant la candidature du groupement APM TERMINALS/BOLLOREAFRICA LOGISTICS/BOUYGUES, viole les dispositions du droit communautaire qui interdisent la constitution de monopoles, de concentrations et de pratiques anticoncurrentielles ;

Par ailleurs, dénonçant la violation des principes fondamentaux régissant les marchés publics, le plaignant estime que la COJO a méconnu le principe de l'égalité de traitement, pour avoir validé d'une part, l'offre du groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES qui a présenté un modèle économique fondé sur l'exploitation conjointe du premier terminal à conteneurs dont il est concessionnaire et du second Terminal à conteneurs, alors que l'appel d'offres consistait à présenter un modèle économique et des projections fondées uniquement sur la concession du second Terminal à Conteneurs et d'autre part, les lettres de confort produites par l'attributaire provisoire qui n'étaient pas conformes au modèle annexé au RPAO révisé ;

Le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS soutient également que la COJO a violé l'ordre public économique depuis la phase de présélection jusqu'à l'attribution de la concession ;

Le plaignant explique que l'attributaire étant déjà concessionnaire du 1^{er} Terminal à conteneurs, les droits d'entrée des produits en Côte d'Ivoire imposés par ses soins en sa double qualité de concessionnaire des TC 1 et TC 2, connaîtront une nette flambée, ce qui

limitera inéluctablement et de manière désastreuse la production, les débouchés, le développement technique au préjudice du seul consommateur ;

Toujours au titre des principes fondamentaux, le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS reproche à la COJO d'avoir violé le principe de la transparence au motif qu'elle a modifié en cours de procédure, l'objet de l'appel d'offres, les composantes de l'offre financière et leur pondération ;

Enfin, abordant son grief relatif au caractère arbitraire du jugement d'appel d'offres, le plaignant estime que la note de 15/30 attribuée au groupement APM TERMINALS /BOLLORE AFRICA LOGISTICS/ BOUYGUES au titre de sa capacité à promouvoir la concurrence intra-portuaire ainsi que celle de 15/30 attribuée pour sa capacité réelle de transbordement en matière de stratégie commerciale, ne reposent sur aucun élément objectif et sont, par conséquent, arbitraires, injustifiées et non méritées ;

En effet, selon le plaignant, il est incompréhensible que la Commission, après avoir affirmé que la stratégie commerciale proposée par l'attributaire provisoire constitue plutôt une faiblesse, car n'étant pas de nature à promouvoir la concurrence inter et intra portuaire, et après avoir constaté que ce dernier n'a pas été en mesure de démontrer une quelconque capacité de transbordement, lui ait attribué ces notes ;

Le groupement conduit par ICTSI conclut que l'offre de l'attributaire souffre de graves insuffisances en raison des incohérences contenues dans son offre technique, particulièrement dans le modèle économique et financier proposé, ainsi que de l'absence d'un plan d'entreprise intégral, constant et modélisé ;

Invitée par correspondances n°0271/13/ANRMP/SG/SGA-2/CE-2 du 18 avril 2013 et n°0307/13/ANRMP/SG/SGA-2/CE-2 du 26 avril 2013 à faire valoir ses observations et commentaires, le Port Autonome d'Abidjan a transmis, par correspondance n°016/DGPAA/DAJC/SD/mct en date du 26 avril 2013, l'ensemble des pièces de la procédure d'appel d'offres, notamment les dossiers d'appel d'offres des différentes étapes à partir de la présélection, les offres des différents soumissionnaires, les procès verbaux d'ouverture des plis des différentes étapes, les procès verbaux de jugement des offres et les courriers de notification des résultats ;

Par ailleurs, préalablement à la saisine de l'ANRMP, l'autorité contractante avait transmis le 11 avril 2013 à l'ANRMP, pour information, ses observations sur le recours gracieux du groupement conduit par ICTSI.

SUR L'OBJET DE LA DENONCIATION

Il ressort des faits ci-dessus exposés que la dénonciation porte sur la violation des critères de présélection, les irrégularités contenues dans le RPAO, la violation des principes fondamentaux régissant les marchés publics et le caractère arbitraire du jugement d'attribution.

SUR LA RECEVABILITE DE LA SAISINE

Considérant qu'aux termes de l'article 10 alinéa 1^{er} de l'arrêté n°661/MEF/ANRMP du 14 septembre 2010, « **La Cellule Recours et Sanctions est saisie par toute personne physique ou morale de droit privé ou de droit public, partie ou non à un marché public ou à une convention de délégation de service public, qui a connaissance de faits ou qui a intérêt à voir prononcer des sanctions pour atteinte à la réglementation** » ;

Considérant que l'alinéa 1^{er} de l'article 11 de l'arrêté précité ajoute que « **La Cellule Recours et Sanctions est saisie par tout moyen laissant trace écrite ou par appel téléphonique effectué sur une ligne verte prévue à cet effet** » ;

Considérant qu'en l'espèce, bien qu'ayant emprunté la procédure de règlement des litiges telle que prévue par l'article 167 du Code des marchés publics, en introduisant au préalable un recours gracieux, le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS a essentiellement dénoncé des irrégularités dans la procédure de l'appel d'offres en cause ;

Qu'ainsi, en saisissant l'ANRMP par correspondance en date du 16 avril 2013, ledit groupement s'est conformé aux dispositions combinées des articles 10 et 11 de l'arrêté sus cité ;

Qu'il y a donc lieu de déclarer sa dénonciation recevable en la forme.

SUR LE BIEN FONDE DE LA DENONCIATION

Considérant qu'il ressort de l'examen de sa correspondance en date du 16 avril 2013, que le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS dénonce quatre (4) faits :

- le non respect des conditions de présélection ;
- les irrégularités contenues dans le règlement particulier d'appel d'offres ;
- la violation des principes fondamentaux régissant les marchés publics ;
- le caractère arbitraire du jugement d'attribution.

1) Sur le non respect des conditions de présélection

a) Sur la pré-qualification des groupements APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES et HANJIN/TIL/MSC en violation des dispositions des articles 2.5 et 2.6 du dossier de présélection

Considérant que le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS reproche à la COJO d'avoir pré-qualifié les groupements APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/ BOUYGUES et HANJIN/TIL/MSC alors que

ceux-ci ne satisfaisaient pas aux exigences contenues dans l'article 2.5-C) du dossier de présélection relatif à la présentation du candidat et documents sociaux notamment les points (vi) et (vii) relatifs respectivement, aux comptes sociaux et annexes audités et certifiés ainsi que les rapports d'activités et rapports de gestion ;

Qu'il est constant qu'aux termes des dispositions de l'article 2.5-C) du dossier de présélection, les dossiers de candidature doivent comprendre les documents suivants :

- (i) *Un exposé sommaire des motifs de la participation à l'appel d'offres et de la stratégie du candidat en ce qui concerne le Port d'Abidjan et sa cohérence avec les objectifs du Port Autonome d'Abidjan tels que définis au paragraphe 1.1 du présent dossier de présélection ;*
- (ii) *Une présentation générale du candidat (dénomination sociale, capital social, forme juridique, adresse du siège social, activités principales) incluant une liste des actionnaires qui détiennent vingt pour cent (20%) ou plus des actions et/ou des droits de vote du candidat ;*
- (iii) *Une copie certifiée conforme et à jour des statuts du candidat ;*
- (iv) *Un extrait original du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier relatif au candidat (ou un certificat équivalent, selon le pays du candidat) ;*
- (v) *Un certificat de non faillite du candidat (ou tout autre document équivalent selon le pays du candidat) datant de moins de trois mois avant la date limite (pièces originales ou copie certifiée conforme) ;*
- (vi) **Les comptes sociaux et annexes audités et certifiés des cinq (05) derniers exercices comptables clos du candidat ;**
- (vii) **Les rapports d'activités et rapports de gestion du candidat pour les cinq (05) dernières années. Pour les candidats souhaitant présenter leur candidature en tant que groupement, le dossier devra comprendre les documents prévus au point (i) à (vii) pour chaque membre du groupement ;**
- (viii) *Un engagement écrit, sous forme de lettre signée de chaque membre du groupement, confirmant l'engagement de chaque membre dans le groupement et identifiant le membre du groupement assumant le rôle de chef de file pour le compte des autres membres et ayant le pouvoir d'engager tous les membres du groupement.*

Qu'en l'espèce, il ressort de l'analyse des pièces du dossier que la société APM TERMINAL appartenant au groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA

LOGISTICS/BOUYGUES a produit son rapport d'activités allant du 07 août 2007 au 31 décembre 2008 ;

Que s'il est vrai que le rapport d'activités ne couvre qu'une partie de l'année 2007, cela se justifie par le fait que, cette société n'a été immatriculée que depuis le 1^{er} août 2007, c'est-à-dire au cours de l'exercice 2007 ;

Que de même, il est vrai que les rapports d'activités 2008, 2009, 2010 produits par cette société sont en anglais, seul le rapport d'activités 2011 est en français ;

Que cependant, l'article 3.4 in fine du dossier de présélection dispose que « *l'Autorité concédante pourra décider de ne pas tenir compte de toute information transmise en une autre langue sous les réserves suivantes : les comptes sociaux et annexes et rapports annuels visés aux points 2.4.1 (C) (vi) et (vii) n'ont pas à être traduits, à l'exception de toute réserve ou tout commentaire des commissaires aux comptes.* » ;

Qu'ainsi, la production par les candidats de rapports annuels d'activités dans la langue de leur choix ne constitue pas une violation du règlement de la présélection dès lors que ceux-ci ne comportent pas de réserves ou de commentaires émanant des commissaires aux comptes ;

Que ce grief n'est pas fondé ;

Considérant qu'en ce qui concerne le groupement HANJIN/TIL/MSC, il ressort de l'analyse des pièces du dossier que celui-ci avait effectivement fourni un dossier de présélection incomplet.

Que toutefois, en application l'article 2.6.1 du dossier de présélection qui dispose que « *tout dossier incomplet pourra conduire à l'exclusion directe du candidat concerné. Toutefois la commission pourra éventuellement demander aux candidats dont les dossiers de candidature sont incomplets de compléter les pièces manquantes dans un délai déterminé par la lettre d'invitation.* » ;

Qu'en application de cette disposition, la COJO a adressé une correspondance au représentant de ce groupement pour lui demander de compléter son dossier de présélection ;

Qu'une première partie des pièces manquantes a été transmise par le candidat le 30 juillet 2012 et la seconde partie notamment, les comptes sociaux audités et certifiés des cinq (05) derniers exercices comptables ainsi que les rapports d'activités et rapports de gestion des cinq (05) dernières années des entreprises HANJIN et TIL a été transmise le 16 août 2012 ; Ces rapports d'activités et comptes sociaux ont par ailleurs été transmis en versions anglaise et version française ;

Que par contre, il est établi que ce groupement n'a pas transmis les comptes sociaux et les rapports d'activités et de gestion de la société MSC ;

Que c'est donc en violation du RPAO, que la COJO a présélectionné le groupement HANJIN/TIL/MSC malgré l'absence des comptes sociaux de la compagnie MSC ;

Qu'il y a lieu de déclarer le plaignant bien fondé en cette dénonciation ;

Que toutefois, ce groupement n'ayant pas été déclaré attributaire à l'issue de l'étape 2, cette violation est sans conséquence sur la procédure de passation de l'appel d'offres en cause.

b) Sur la violation des règles de la concurrence

Considérant que le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS soutient que la commission a violé les règles de la concurrence en présélectionnant le groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES déjà concessionnaire du premier Terminal à conteneurs ;

Qu'il estime que le choix d'un tel candidat tendrait à instituer, favoriser ou entretenir la constitution de monopoles privés et de concentrations qui sont interdits par les articles 4.1 et 4.3 du règlement n°02/2002/CM/UEMOA ;

Qu'en effet, le plaignant fonde son argumentaire sur l'article 1.1 des dispositions générales du dossier de présélection qui dispose en son point (i) que « *L'exploitation du Terminal se fera dans un cadre concurrentiel, notamment avec le terminal à conteneurs actuellement exploité au Port d'Abidjan* » et déduit que le dossier de candidature de l'attributaire n'était pas recevable, parce que déjà titulaire du premier terminal à conteneurs ;

Considérant cependant, qu'il ressort du dossier de présélection que la loi applicable à l'appel d'offres concerné est le Code des marchés publics et les Directives n°04/CM/UEMOA portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMAO et n°05/CM/UEMOA portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMAO, toutes deux datées du 09 décembre 2005 ;

Qu'il est constant que les marchés publics et les délégations de service publics sont régis par des principes fondamentaux, dont le libre accès à la commande publique et la libre concurrence ;

Qu'en effet, l'article 2 de la Directive n°04/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMAO dispose que « **Les procédures de passation des marchés**

publics et des délégations de service public, quel qu'en soit le montant, sont soumises aux principes suivants :

- ***L'économie et l'efficacité du processus d'acquisition ;***
- ***Le libre accès à la commande publique ;***
- ***L'égalité de traitement des candidats, la reconnaissance mutuelle ;***
- ***La transparence des procédures, et ce à travers la rationalité, la modernité et la traçabilité des procédures... » ;***

Que l'article 9 du Code des marchés publics dispose que « ***Les marchés publics et les conventions de délégation de service public, quel qu'en soit le montant, sont soumis aux principes suivants :***

- ***le libre accès à la commande publique ;***
- ***l'égalité de traitement des candidats ;***
- ***la transparence des procédures ;***
- ***l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité des candidats, sous réserve de la préférence communautaire qui est appliquée à toute entreprise communautaire présentant une offre ;***
- ***la libre concurrence ;***
- ***l'économie et l'efficacité de la dépense publique ;***
- ***l'équilibre économique et financier » ;***

Qu'il s'ensuit qu'en la matière, toute disposition dans le dossier d'appel d'offres, de nature à écarter un candidat à l'accès à la commande publique, est contraire auxdits principes fondamentaux ;

Qu'en l'espèce, la mention dans le dossier de présélection d'une disposition tendant à faire croire que le groupement dont fait partie la société BOLLORE, titulaire de l'actuel terminal à conteneurs au Port d'Abidjan, est écarté d'avance de la commande publique, est contraire à la réglementation des marchés publics, norme supérieure, et est donc réputée non écrite ;

Qu'en conséquence, en déclarant recevable le dossier de candidature de l'attributaire, la COJO a fait une stricte application des principes fondamentaux des marchés publics et des délégations de service public ;

Qu'il y a donc lieu de débouter le plaignant sur ce chef de dénonciation.

2) Sur les irrégularités contenues dans le Règlement Particulier d'Appel d'Offres

Considérant que le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS fait valoir que le RPAO révisé, en retenant en son article 6.2 le critère financier comme unique critère d'appréciation et de jugement des offres, viole les dispositions de l'article

71.1 du Code des marchés publics qui dispose *que l'attribution du marché se fait sur la base de critères économiques, financiers et techniques, mentionnés dans le dossier d'appel d'offres ;*

Qu'en l'espèce, il ressort de l'examen des pièces du dossier, que contrairement aux affirmations du plaignant, l'appel d'offres en cause s'est fait en deux étapes précédées d'une présélection ;

Que la première étape a consisté à l'appréciation des offres techniques des candidats présélectionnés conformément aux critères fixés à l'annexe 4 du DAO à savoir :

- la pertinence de la stratégie commerciale ;
- la qualité de la stratégie d'aménagement et d'organisation du Terminal ;
- la qualité du plan d'entreprise partiel remis par le soumissionnaire ;

Qu'à l'issue de cette analyse technique, les soumissionnaires ayant obtenu un minimum de soixante-cinq (65) points ont été invités à participer à la seconde étape qui consistait à l'analyse de leurs offres financières sur la base d'un RPAO révisé, après qu'ils aient produit un dossier technique définitif ;

Qu'en l'espèce, par correspondance n°00203/DGPAA/DM/TC/DC du 16 janvier 2013, l'autorité contractante a notifié aux trois soumissionnaires de l'étape 1 qu'ils ont été qualifiés pour l'étape suivante pour avoir atteint le seuil de qualification, sous réserve pour le groupement plaignant de produire dans un délai de quinze (15) jours, une nouvelle garantie de soumission conforme au modèle de l'annexe 5 du RPAO ;

Que concernant l'étape 2, il ressort de l'annexe A du RPAO révisé que l'appréciation des offres financières s'est faite sur la base de trois critères à savoir :

- les Transferts Financiers ;
- le niveau d'engagement de trafic de transbordement minimum ;
- l'engagement du soumissionnaire sur les tarifs plafonds ;

Qu'en l'espèce, l'attributaire a été classé premier à cette étape, après avoir obtenu 100 points sur 100 ;

Qu'il est donc erroné de soutenir que l'attribution de la concession s'est faite uniquement sur la base de l'offre financière, occultant ainsi l'étape de l'évaluation technique ;

Qu'il y a lieu de débouter le plaignant sur ce chef de dénonciation.

3) Sur la violation des principes fondamentaux régissant les marchés publics

Considérant que le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS dénonce la violation par la COJO des principes de l'égalité de traitement, de la transparence et de l'ordre public économique.

a) Sur la violation du principe de l'égalité de traitement

Considérant que le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS soutient que l'appel d'offres portant exclusivement sur la mise en concession du second Terminal à Conteneurs (TC 2), les offres techniques et financières des soumissionnaires devaient porter uniquement sur ce terminal ;

Or, selon lui, le groupement attributaire a proposé un modèle économique fondé sur l'exploitation conjointe du TC1 dont il est déjà concessionnaire et du TC2 à créer ;

Considérant que la violation du principe de l'égalité de traitement s'analyse comme une faveur accordée par la COJO à l'un des soumissionnaires, et le respect de ce principe sous-entend que tous les candidats soient traités sur le même pied d'égalité ;

Qu'en l'espèce, chaque candidat ayant la liberté de présenter le modèle économique de son choix, le groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES a préféré proposer une stratégie de développement du trafic import-export fondée sur l'exploitation conjointe des deux terminaux à conteneurs ;

Que la commission a d'ailleurs relevé dans son rapport d'analyse que la stratégie de développement du trafic import export proposée par le groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES était fortement dépendante des volumes de trafics des autres compagnies maritimes présentes dans les groupements concurrents ; ce qui lui a valu la note de 5/10 et ce grâce uniquement à la lettre d'intérêts produite par la compagnie MAERSK LINE, que la COJO a estimé être un atout pour le groupement ;

Que la COJO qui n'a eu à poser aucun acte de nature à favoriser l'attributaire de la concession ne saurait avoir méconnu le principe de l'égalité de traitement ;

Considérant en outre, que le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS reproche à la COJO d'avoir violé le principe de l'égalité de traitement, suite à la validation des lettres de confort produites par le groupement attributaire, émanant des compagnies maritimes MAERSK LINE et MOL Côte d'Ivoire, au motif qu'elles n'étaient pas conformes à l'annexe D du RPAO du DAO révisé ;

Considérant cependant, qu'il est constant que le plaignant ne démontre pas en quoi, la COJO a posé des actes de nature à favoriser l'attributaire au détriment des autres candidats ;

Qu'il convient de dire et juger qu'il n'y a pas en l'espèce de violation du principe de l'égalité de traitement.

Que par contre, il appert de l'examen de sa correspondance en date du 16 avril 2013, que le plaignant dénonce la violation du RPAO révisé, relativement à la conformité des lettres de confort, en tant qu'élément d'évaluation de l'offre financière ;

Qu'en effet, le groupement conduit par ICTSI fait grief à la COJO d'avoir validé la lettre de confort de la compagnie maritime MOL alors qu'elle a été signée par sa représentation en Côte d'Ivoire ;

Qu'il fait également grief à la lettre de confort émise par la compagnie MAERSK LINE, d'être sans engagement ferme de la part de la compagnie maritime et de comporter des réserves ;

Qu'en l'espèce, s'agissant de la lettre de confort de la compagnie maritime MOL, l'annexe D du RPAO ne donnant pas de précisions sur le niveau de signature de la lettre de confort, c'est à bon droit que la COJO n'a pas mis en cause la signature de la représentation nationale de la Compagnie MOL ;

Qu'au surplus, le plaignant ne rapporte pas la preuve que cette lettre de confort n'est pas de nature à engager la compagnie maritime MOL ;

Que s'agissant de la lettre de confort émise par la compagnie MAERSK LINE, un examen de ce document permet de constater qu'elle n'est pas strictement conforme au modèle de l'annexe D ;

Qu'en effet, cette compagnie maritime n'a pas retranscrit à l'identique le paragraphe 3 du modèle libellé ainsi : « *Nous vous confirmons que, sous réserve que l'offre de [désignation du Candidat ou du Groupement] soit retenue, nous nous engagerons envers le concessionnaire à générer sur le TC2 un trafic de transbordement au moins égal à ce qui ...* » ;

Qu'en outre, la compagnie MAERSK LINE a émis les réserves suivantes :

- son trafic vers l'Afrique de l'Ouest doit croître d'au moins 10% par an entre aujourd'hui et la fin de la période ci-dessus ;
- le nombre de terminaux en eau profonde de la région ouest africaine doit rester limité ;
- les conditions commerciales et opérationnelles doivent être attractives et compétitives pour elle tout au long de la période ;
- sujet à accord sur les conditions opérationnelles et commerciales ;

Qu'enfin, la lettre de confort de la compagnie MAERSK LINE ne fait pas une estimation annuelle des type et nombre de navires susceptibles d'être envoyés sur le terminal au cours des sept prochaines années en lien avec les engagements de trafic de transbordement indiqués ;

Considérant cependant, que le RPAO révisé ne mentionne pas que la lettre de confort doit être strictement conforme au modèle de l'annexe D, sous peine de rejet ;

Qu'en effet, en précisant que « *Les lettres de confort de Compagnie Maritime de Premier Plan doit être établi selon le modèle en Annexe C révisé* », le RPAO admet une souplesse et laisse une certaine latitude aux compagnies maritimes, pourvu qu'elles comportent des éléments permettant d'évaluer les volumes de transbordement déclarés par la compagnie maritime ;

Qu'en tout état de cause, ledit RPAO prévoit que « *Le non respect de ces engagements par la Compagnie Maritime de Premier Plan ne libérera toutefois en aucun cas le Soumissionnaire de ses engagements de Trafic de Transbordement Minimum au titre de la Concession et des sanctions de leur non respect* » ;

Qu'en outre, le paragraphe 5 du modèle de l'annexe D précise que « *Cette lettre d'intérêt ne constitue nullement un engagement contractuel de notre part envers le Port Autonome d'Abidjan, mais représente notre estimation la plus sincère, sous réserve des conditions commerciales qui seront conclues entre le concessionnaire et notre société.* » ;

Qu'il s'ensuit que la lettre de confort ne constitue pas un engagement ferme mais plutôt une déclaration d'intention et d'intérêt, qui en définitive, engage plutôt le concessionnaire qui l'a présenté et non la compagnie maritime émettrice ;

Qu'en conséquence, en décidant de valider la lettre de confort émise par la Compagnie MAERSK LINE, la COJO n'a pas commis de violation du RPAO ;

Qu'il y a lieu de débouter le plaignant de ce chef.

b) Sur la violation du principe de la transparence

Considérant que le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS fait valoir que l'autorité concédante, en modifiant en cours de procédure l'objet de l'appel d'offres, ainsi que les composantes de l'offre financière et leur pondération, a violé le principe de la transparence ;

Considérant qu'il résulte de l'article 1.3.2-(ii) du dossier de présélection relatif à la procédure d'appel d'offres que « *A la suite de l'évaluation par l'Autorité Concédante des offres*

techniques au titre de la première étape, les soumissionnaires qui satisfont au minimum acceptable des critères de qualification et qui auront soumis une offre techniquement conforme, seront invités à participer à une seconde étape au cours de laquelle ils présenteront des propositions techniques définitives accompagnées d'une offre financière, sur la base du dossier d'appel d'offres préalablement révisé par l'Autorité Concédante. » ;

Qu'ainsi, dès le départ, tous les candidats étaient parfaitement informés de ce que cet appel d'offres se ferait en deux étapes et que l'évaluation des offres financières se ferait sur la base du DAO préalablement révisé par l'autorité concédante ;

Que par ailleurs, contrairement aux affirmations du plaignant selon lesquelles l'objet de l'appel d'offres se limiterait à la seule concession de l'exploitation du terminal à l'exclusion de sa construction, il ressort clairement du point B & C) du préambule du projet de convention de la concession du TC 2 que :

« Afin de renforcer la capacité opérationnelle du port, d'améliorer la qualité des services offerts aux usagers du port et le développement du trafic de transbordement, de sorte plus généralement à favoriser l'attractivité du port d'Abidjan et sa place stratégique dans le transport maritime depuis et vers le Continent Africain, le Port Autonome d'Abidjan a décidé de mettre en place un deuxième terminal à conteneurs dans l'enceinte du port et d'en confier la réalisation et l'exploitation à un opérateur privé dans le cadre d'une concession de service public. Pour atteindre ces objectifs, le Port Autonome d'Abidjan, en sa qualité d'Autorité Concédante et conformément au Code des marchés publics, a organisé un appel d'offres international avec présélection en vue de conclure la concession de la réalisation et de l'exploitation du deuxième terminal à conteneur du Port d'Abidjan. » ;

Que de même, l'article 3 du projet de convention stipule clairement que l'objet de la concession est la réalisation et l'exploitation du Terminal ;

Qu'en l'espèce, les termes réalisation et construction ayant la même signification, c'est à tort que le plaignant invoque une modification de l'objet de l'appel d'offres, pour prétendre à la violation du principe de la transparence ;

Qu'il y a lieu de débouter le plaignant sur ce chef de dénonciation.

c) Sur la violation de l'ordre public économique

Considérant que le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS soutient que l'attribution du deuxième terminal à conteneurs au groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES est contraire à l'ordre public économique, en ce qu'elle constitue une atteinte délibérée à la concurrence et à l'économie nationale ;

Considérant cependant, que les principes fondamentaux tels que prévus par l'article 9 du Code des marchés publics sont les suivants :

- le libre accès à la commande publique ;
- l'égalité de traitement des candidats ;
- la transparence des procédures ;
- l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité des candidats, sous réserve de la préférence communautaire qui est appliquée à toute entreprise communautaire présentant une offre ;
- la libre concurrence ;
- l'économie et l'efficacité de la dépense publique ;
- l'équilibre économique et financier ;

Qu'en l'espèce, le plaignant ne rapporte pas la preuve que l'autorité contractante a méconnu l'un de ces principes fondamentaux ;

Que mieux, il ressort du rapport d'analyse que l'attributaire a fait la meilleure offre financière conformément aux critères définis dans le RPAO révisé, en proposant un ticket d'entrée portant sur la somme de cent vingt millions (120.000.000) d'euros, une redevance fixe annuelle de vingt deux millions (22.000.000) d'euros, une baisse du Tarif Public Plafond de 25% et une prévision de transbordement de 450.000 TEU, ce qui lui a valu la note de 100 points sur 100, tandis que le groupement HANJIN/TIL/MSC classé deuxième proposait un ticket d'entrée de quatre vingt millions (80.000.000) d'euros, une redevance annuelle de huit millions(8.000.000) d'euros, une baisse du Tarif Public Plafond de 22% et une prévision de transbordement de 450.000 TEU ;

Qu'il y a lieu de débouter le plaignant de ce chef ;

4) Sur le caractère arbitraire du jugement d'attribution

Considérant que le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS dénonce l'attribution faite au profit du groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES comme étant arbitraire, en raison de la note qui lui a été attribuée à l'issue de l'évaluation de son offre technique, de la violation de la règle de l'appréciation multicritère d'attribution et du défaut de viabilité des offres de l'attributaire provisoire.

a) Sur l'évaluation arbitraire de l'offre technique du groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES

Considérant que le plaignant estime que les notes de 15/30 attribuées au groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES à l'issue de l'évaluation de sa capacité à promouvoir la concurrence intra-portuaire, ainsi que de sa capacité réelle de

transbordement en matière de stratégie commerciale, sont injustifiées, non méritées et arbitraires ;

Qu'en effet, selon le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS, la capacité du groupement attributaire à promouvoir la concurrence intra portuaire a été qualifiée de faible par la commission, qui a également jugé que le dit groupement ne démontre pas une capacité intrinsèque à apporter du trafic de transbordement ;

Que cependant, il n'apparaît nulle part dans le rapport d'analyse que la COJO a estimé que la stratégie commerciale proposée par le groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES, quant à sa capacité à promouvoir la concurrence intra portuaire, constitue une faiblesse.

Qu'elle a seulement qualifié cette stratégie de passable, ce qui explique la note de 15/30 qu'elle lui a attribué.

Que de même, s'agissant de la capacité réelle de transbordement du groupement attributaire, nulle part, la COJO a affirmé que le groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES n'avait aucune stratégie de transbordement ;

Qu'elle a plutôt indiqué que la stratégie de l'attributaire restait limitée au motif que la compagnie MAERSK LINE qui a produit une lettre d'intérêt pour ce groupement lors de la phase de présélection, n'avait pas de stratégie de transbordement ;

Que toutefois, la COJO a pris en compte, dans l'évaluation de ce critère, la stratégie de transbordement définie uniquement par le groupement conduit par APM TERMINALS indépendamment de celle de la compagnie MAERSK LINES, ce qui a été jugé de passable et qui justifie donc la note de 15/30 qui lui a été attribuée.

Que c'est donc à tort que le plaignant reproche à la COJO d'avoir évalué arbitrairement l'offre technique de l'attributaire ;

Qu'il y a lieu de le débouter de ce chef.

b) Sur la violation de la règle de l'appréciation multicritère d'attribution

Considérant que le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS soutient que l'attribution de la concession intervenue au profit du groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES est arbitraire parce qu'intervenue sur la base du seul critère financier alors que conformément aux dispositions des articles 76 de la Directive n°05/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 et 71.1 du Code des marchés publics, l'attribution doit se faire sur la base de critères cumulatifs qui tiennent compte

tant des qualités administratives, techniques, matérielles que celles d'ordre économique et financier du soumissionnaire.

Considérant qu'il a été démontré plus haut que l'attribution de la concession concernée a été faite suite à une présélection, à une analyse des offres techniques et enfin à une analyse des offres financières, le tout sur la base de plusieurs critères.

Qu'il y a donc lieu de le débouter de ce chef.

c) Sur le défaut de viabilité des offres de l'attributaire provisoire

Considérant que le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS soutient que l'offre technique de l'attributaire comporte de nombreuses incohérences de sorte qu'elle n'est pas viable ;

Considérant cependant, que la COJO a souverainement évalué l'offre technique du groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES, en relevant les forces et faiblesses, ce qui lui a valu, à l'étape 1, la note totale de 66,9 points sur 100 et d'être classé troisième sur les trois soumissionnaires ;

Qu'elle a qualifié ce groupement pour la seconde étape parce qu'elle a estimé son offre technique viable ;

Qu'en conséquence, c'est à tort que le plaignant estime que la COJO a fait une évaluation arbitraire de l'offre technique de l'attributaire ;

Qu'il y a lieu de le débouter de ce chef.

DECIDE :

- 1) Déclare la dénonciation du groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS faite par correspondance en date du 16 avril 2013, recevable en la forme ;
- 2) Dit que la loi applicable en matière de marchés publics et de délégations de service public est la Directive n°04/CM/UEMOA du 09 décembre 2005, la Directive n°05/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 et le Code des marchés publics ;
- 3) Déclare le plaignant bien fondé en son grief relatif à la présélection du groupement HANJIN/TIL/MSC ;
- 4) Dit que ce groupement n'ayant pas été déclaré attributaire à l'issue de l'étape 2, cette violation est sans conséquence sur la procédure de passation de l'appel d'offres en cause ;

- 5) Déclare par contre, le plaignant mal fondé en son grief relatif à la présélection du groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES, ainsi qu'à tous ses autres chefs de dénonciation ;
- 6) Déclare en conséquence, le groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS mal fondé en sa dénonciation contre la décision d'attribution prise au profit du groupement APM TERMINALS/BOLLORE AFRICA LOGISTICS/BOUYGUES et l'en déboute ;
- 7) Dit que le Secrétaire Général de l'ANRMP est chargé de notifier au groupement ICTSI/NCT NECOTRANS/CMA-CGM/TERMINAL LINK/MOVIS et au Port Autonome d'Abidjan, avec ampliation au Ministère auprès du Premier Ministre chargé de l'Economie et des Finances la présente décision qui sera publiée sur le portail des marchés publics et insérée dans le Bulletin Officiel des Marchés Publics à sa prochaine parution.

LE PRESIDENT

COULIBALY NON KARNA