

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail-Liberté-Patrie



AUTORITE DE REGULATION DE LA COMMANDE PUBLIQUE

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

**DECISION N° 018-2023/ARCOP/CRD DU 26 MAI 2023
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE
INHEMETER CONTESTANT LES RESULTATS PROVISOIRES DE
L'APPEL D'OFFRES RESTREINT N° 028/DFC/PRMP/DG/CEET/2022 DU
25 NOVEMBRE 2022 DE LA COMPAGNIE ENERGIE ELECTRIQUE DU TOGO
RELATIF A L'ACQUISITION DE DEUX CENT CINQUANTE MILLE
(250 000) KITS DE BRANCHEMENT POUR LE COMPTAGE
MONOPHASE ET TRIPHASE**

**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 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 requête datée du 1^{er} mars 2023 introduite par la société INHEMETER et enregistrée le même jour au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 0489 ;

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 et Abeyeta DJENDA, 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° 0889/ARCOP/DG/DRAJ du 08 mars 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 bordereau n° 055/PRMP/DG/CEET/2023 du 09 mars 2023 reçu le même jour au secrétariat du CRD et enregistré sous le numéro 0569, la Compagnie énergie électrique du Togo (CEET) a fait parvenir à l'ARCOP la documentation ainsi réclamée.

Par décision n° 011-2023/ARCOP/CRD du 10 mars 2023, le Comité de règlement des différends de l'ARCOP a reçu le recours de la société INHEMETER et a ordonné la suspension de l'appel d'offres restreint sus-indiqué jusqu'au prononcé de la décision au fond.

LES FAITS

La Compagnie énergie électrique du Togo (CEET) a, par appel d'offres restreint n° 028/DFC/PRMP/DG/CEET/2022 du 10 octobre 2022, identifié six (06) sociétés spécialisées qu'elle a invitées à soumettre des offres pour la fourniture de deux cent cinquante mille (250 000) kits de branchement pour le comptage monophasé et triphasé.

Les fournitures sollicitées sont en lot unique et composées de compteurs à prépaiement, de disjoncteurs différentiels et de coffrets de comptage monophasés et triphasés.

A la date limite de dépôt des offres fixée au 25 septembre 2022, la commission de passation des marchés publics de la CEET a reçu et ouvert les offres de quatre (04) soumissionnaires dont les sociétés HEXING et INHEMETER.



A l'issue de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a déclaré attributaire provisoire du marché, la société HEXING pour un montant toutes taxes comprises (TTC) de vingt-et-un millions six cent quatre-vingt-quinze mille quatre cent quatre-vingts (21 695 480) Euros, soit un montant de quatorze milliards deux cent trente et un millions trois cent un mille neuf cent soixante-quatorze (14 231 301 974) francs CFA TTC.

Après l'avis de non objection de la Direction nationale du contrôle de la commande publique (DNCCP) donné par lettre n° 0704/MEF/DNCCP/DSCP du 15 février 2023 sur le rapport d'évaluation des offres, la Personne responsable des marchés publics (PRMP) de la CEET a, par lettre n° 018/CPMP/PRMP/DG/CEET/2023 du 22 février 2023, informé la société INHEMETER des résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné et corrélativement du rejet de son offre.

Par lettre datée du 27 février 2023, la société INHEMETER a contesté les résultats provisoires par un recours gracieux ;

Par lettre n° 049/PRMP/DG/CEET/2023 datée du 1^{er} mars 2023, l'autorité contractante a rejeté le recours gracieux introduit comme non fondé ;

Non satisfaite, la société INHEMETER a, par lettre datée du 1^{er} mars 2023, saisi le Comité de règlement des différends pour contester les résultats provisoires de l'appel d'offres sus-indiqué.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

La société INHEMETER soutient à l'appui de son recours :

- que son offre financière étant la moins disante à l'ouverture des plis, elle juge les motifs de rejet de celle-ci injustes en raison de l'avantage économique qu'elle présente ;
- qu'en effet, les motifs de non-conformité invoqués par l'autorité contractante pour rejeter son offre ne sont pas corrects et ne correspondent pas à la réalité ;
- que suivant le rapport de test fait par ses soins, la durée moyenne de fonctionnement avant défaillance du compteur triphasé et du compteur split proposés est de 21,49 années alors que le DAO a exigé une durée de vie de 15 ans ;
- que s'agissant du compteur monophasé, sa durée moyenne de fonctionnement est de 20,38 années et donc supérieure aux 15 années exigées par le DAO ;
- que sur le compteur proposé, il est indiqué que la batterie du compteur peut fonctionner pendant plus de 10 ans après une panne de courant, ce qui ne saurait dire que la batterie en question ne peut fonctionner que pendant 10 ans ;
- que contrairement à l'argumentaire de la sous-commission d'analyse, la batterie concernée peut être utilisée pendant 15, voire 20 ans dans de bonnes conditions ;

- qu'elle a bien proposé le port RJ-12 et le port RS 485 tels que requis par le DAO et tel que cela se présente sur les échantillons soumis à l'autorité contractante ;
- qu'il y a bien deux boutons de défilement d'affichage sur ses compteurs avec un dispositif de port optique plombage et que les rails (DIN) sont bel et bien visibles sur les échantillons qu'elle a soumis ;
- que la matière du coffret proposé est en polyester mais elle est passée au fil incandescent à 960° C selon la norme CEI 60695-2-11 et donc résistante à une chaleur supérieure à 125° C de sorte qu'on peut obtenir les mêmes résultats que les matériaux exigés par le DAO ;
- que pour le disjoncteur, elle en a fourni deux types, notamment la marque HUANYU et la marque JNWEL qui sont respectivement à réglage unique et à réglage multiple et multicalibre 5-60 A ;
- que contrairement aux conclusions de la commission d'analyse, les trappes du compteur ne sont pas transparentes et sont toutes fermées alors que le coffret split qu'elle propose permet l'installation de deux compteurs tel que l'exige le DAO ;
- que certains critères du DAO sont déraisonnables et ont tendance à fixer des critères spécifiquement pour une entreprise particulière ;
- qu'en effet, suivant le rapport d'évaluation des offres, toutes les offres, à l'exception de celle de l'attributaire provisoire, sont non conformes aux exigences relatives au coffret split ;
- que la différence de taille des coffrets et compteurs n'est pas raisonnable car la compagnie d'électricité de chaque pays a normalement une tolérance de taille autorisée ;
- qu'une différence d'environ 1 cm n'a pratiquement aucun effet sur le compteur dans la pratique et l'insistance de l'autorité contractante sur ce critère laisse penser à un paramètre technique conçu pour une entreprise particulière ;
- qu'en raison de l'économie que présente son offre qui peut assurer le branchement de 30 000 foyers supplémentaires, l'autorité contractante aurait dû lui attribuer le marché surtout que les produits INHEMETER sont des produits bien connus et utilisés dans plusieurs pays de la sous-région dont la Côte d'Ivoire ;
- qu'au regard de tout ce qui précède, elle estime avoir été lésée dans le cadre de l'évaluation des offres de l'appel d'offres dont s'agit et demande au Comité de règlement des différends de bien vouloir la rétablir dans ses droits.

LES MOYENS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

Il résulte du mémoire en réponse et des pièces transmis par l'autorité contractante :

- que l'offre de la requérante a été rejetée pour avoir proposé des matériels non conformes aux exigences techniques du dossier d'appel d'offres ;
- que les compteurs monophasés, triphasés et split proposés par la requérante ne comportent pas de dispositif de plombage de batterie puisque les données indiquent que la batterie n'est pas visible et logée dans un dispositif plombable ;
- que les écarts de dimensions constatés sur les disjoncteurs monophasés et triphasés ne peuvent être considérés comme mineurs ;
- que la matière des coffrets monophasés, triphasés et split est très différente de celle exigée par le DAO et s'apparente même à une offre variante alors que le DAO interdit aux candidats de proposer des variantes ;
- que les spécifications techniques exigées pour le coffret triphasé étant différentes de celles requises pour le coffret split, l'argumentaire de la requérante consistant à l'inviter à se référer aux spécifications du coffret split pour apprécier la conformité du coffret triphasé n'est nullement opportun ;
- que de plus, les dimensions des coffrets sont non conformes parce qu'inférieures ou supérieures à celles exigées et ne sauraient donc être considérées comme des écarts mineurs tel que le soutient la requérante ;
- que sur le plan financier, même si l'offre de la requérante paraissait moins disante à l'ouverture, les corrections opérées sur celle-ci l'ont portée de 18 608 377,76 Euros à 21 957 885,76 Euros, montant nettement plus élevé que le montant corrigé de l'offre de l'attributaire provisoire ;
- qu'au regard de tout ce qui précède, elle demande au Comité de règlement des différends de bien vouloir déclarer non fondé le recours de la société INHEMETER et d'ordonner la poursuite de la procédure de passation de marché dont s'agit.

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur la conformité de l'offre technique de la requérante aux spécifications techniques exigées par le dossier d'appel d'offres.

EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

Considérant que l'objet de l'appel d'offres porte sur l'acquisition de kits de branchement composés de compteurs à prépaiement, de disjoncteurs différentiels et de coffrets de comptage monophasé et triphasé ;



Qu'au point III Cahier des clauses techniques du dossier d'appel d'offres mis à la disposition des candidats, il est décrit les caractéristiques techniques auxquelles doivent répondre les matériels demandés ; que la clause 5.1 des Données particulières du même appel d'offres précise que les candidats doivent fournir les fiches techniques des matériels en français ;

Considérant qu'en réponse, la société INHEMETER a effectivement décrit dans son offre les caractéristiques techniques des composantes des kits qu'elle propose et y a joint les fiches techniques afférentes ;

Qu'à l'issue de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a estimé que la plupart des matériels proposés par la requérante comportent des insuffisances et écarts par rapport aux exigences techniques du dossier d'appel d'offres et a donc rejeté son offre ;

Considérant que la requérante conteste ce motif de rejet de son offre et relève que contrairement aux conclusions du rapport d'évaluation des offres, les matériels qu'elle a proposés sont bien conformes aux exigences techniques du dossier d'appel d'offres ;

Considérant qu'au cours de l'instruction du dossier, il a été procédé à l'examen comparatif des caractéristiques proposées par la requérante par rapport à celles requises par le dossier d'appel d'offres ;

Que si l'examen comparatif ci-dessus opéré révèle que certains des supposés écarts relevés dans ladite offre par la sous-commission et consignés dans le procès-verbal d'attribution provisoire ne sont pas avérés, il n'en est pas de même pour d'autres non conformités qui, elles, sont établies après des vérifications approfondies ; qu'il en est ainsi de l'absence du dispositif de plombage de batterie des compteurs monophasés, triphasés et split, les dimensions des disjoncteurs monophasés et triphasés, la matière des coffrets monophasés, triphasés et split etc. ;

Qu'en effet, l'analyse du dispositif de plombage de la batterie des compteurs monophasés, triphasés et split proposés par la requérante fait ressortir qu'il n'est pas conforme d'autant que la batterie qui y est contenue n'est pas visible mais plutôt logée dans le dispositif, alors que le DAO a requis un dispositif avec une batterie visible afin de permettre son remplacement en cas d'usage ;

Que par ailleurs, l'examen des caractéristiques des disjoncteurs monophasés et triphasés fait ressortir qu'ils présentent des dimensions différentes de celles exigées ; qu'en effet, suivant le DAO, la hauteur requise pour les disjoncteurs est de 65,5 mm et la longueur est de 81 mm alors que celles proposées par la requérante sont respectivement de 70 mm et 210 mm ; que de plus, l'entreprise

 

INHEMETER a proposé en seconde option un disjoncteur non modulaire pour lequel elle n'a pas fourni suffisamment d'informations permettant d'apprécier sa conformité par rapport aux exigences du cahier des charges ;

Que s'agissant des coffrets, il est requis que ceux-ci soient en polyester armé renforcé fibre de verre, moulé par compression à chaud alors qu'il est indiqué dans l'offre de la requérante que les coffrets qu'elle propose sont en simple polyester ;

Considérant qu'aux termes de la clause 38 des Instructions aux candidats de l'appel d'offres, l'autorité contractante attribuera le marché au candidat dont l'offre aura été évaluée la moins-disante en fonction des critères exprimés en termes monétaires et jugées substantiellement conforme au dossier d'appel d'offres à condition que le candidat soit en outre jugé qualifié pour exécuter le marché de façon satisfaisante ;

Qu'en application de la règle d'attribution définie par la clause précitée du dossier d'appel d'offres, l'évaluation des offres se fait chronologiquement suivant trois critères cumulatifs, en l'occurrence, la conformité technique de l'offre, le prix et l'appréciation des critères de qualification ; que la non satisfaction par un soumissionnaire à l'un de ces critères entraîne automatiquement le rejet de son offre sans que l'autorité contractante ait besoin d'examiner les autres aspects de cette offre ;

Considérant qu'en l'espèce, il est constant que l'offre de la société INHEMETER n'est pas conforme aux exigences du dossier d'appel d'offres d'autant plus qu'elle présente de nombreuses divergences par rapport aux spécifications techniques du dossier d'appel d'offres ;

Considérant que dans sa requête la société INHEMETER tente de minimiser les écarts ci-dessus relevés en arguant que les écarts liés aux dimensions des disjoncteurs sont mineurs et auraient pu être tolérés par la sous-commission d'analyse d'autant plus qu'ils n'ont aucun impact sur la fonctionnalité des matériels concernés ; que s'agissant des coffrets, elle relève que la matière avec laquelle ils sont conçus a été testée à 960°C selon la norme CEI 60695-2-11 et qu'elle est résistante à la chaleur supérieure à 125°C, ce qui prouve que les résultats escomptés avec des coffrets en polyester armé renforcé de fibre de verre peuvent être obtenus avec les coffrets en polyester simple qu'elle propose ;

Considérant que contrairement à l'argumentaire de la requérante, les divergences de dimension ne peuvent être considérées comme mineures dans la mesure où l'instruction du dossier révèle que celles-ci ont été définies dans le DAO suivant des fourchettes qui tiennent compte des dimensions des compteurs que la CEET a déjà installés chez ses abonnés ; qu'au risque de rendre les disjoncteurs incompatibles à l'usage auquel ils sont destinés, lesdits écarts ne sauraient être tolérés ;

 7

Que s'agissant de la matière des coffrets, il est établi que le renforcement par fibre de verre exigé s'avère substantiel d'autant plus que cette matière confère une plus grande résistibilité en termes de durée de vie du matériel ;

Qu'au demeurant, dans la pratique des marchés publics, seule l'autorité contractante qui a défini ses besoins, peut décider de tolérer un écart jugé mineur ; qu'ainsi, il n'appartient pas à un soumissionnaire à qui il incombe de proposer une offre à tout le moins conforme, d'apprécier en lieu et place de l'autorité contractante les écarts que présente son offre et de les juger par lui-même s'ils sont mineurs ou non ;

Considérant qu'en l'espèce, dès lors qu'il est établi que l'offre de la société INHEMETER présente des écarts par rapport aux exigences du dossier d'appel d'offres, il y a lieu de dire que c'est à bon droit que l'autorité contractante a rejeté ladite offre ;

Considérant qu'en raison de la complexité et de la technicité du dossier et afin d'assurer le respect du principe d'égalité de traitement des candidats, il a été recouru à l'expertise et à la contre-expertise des techniciens du domaine sur la conformité des offres des candidats en lice , suivies d'une séance d'échanges avec la Personne responsable des marchés publics et les membres de la commission d'analyse de la CEET ; qu'en outre, à la suite de la séance d'échanges avec la CEET, celle-ci a, par lettre n° 091/PRMP/DG/CEET/2023 du 19 mai 2023, transmis à l'ARCOP les informations complémentaires nécessaires demandées pour l'instruction du dossier ;

Considérant qu'il résulte des rapports d'expertise produits par les techniciens du domaine que les spécifications techniques proposées par la société HEXING dans son offre sont conformes à celles exigées par le DAO, exceptées l'exigence concernant le super condensateur du compteur qui n'y figure pas et celle relative à la plage de fonctionnement de la tension qui est de 90V-276V au lieu de 99V-265V requise par le DAO ; ;

Que cependant, il ressort de la lettre n° 091/PRMP/DG/CEET/2023 du 19 mai 2023 de la CEET que bien que la spécification relative au super condensateur du compteur n'ait pas été mentionnée dans le tableau des spécifications de l'offre de la société HEXING, elle est présente dans les échantillons que celle-ci a fournis et le test au laboratoire fait ressortir que les échantillons de compteurs monophasés et triphasés produits par ce soumissionnaire sont équipés de super condensateurs tel qu'exigé ; que s'agissant de la plage de fonctionnement de la tension, la CEET a indiqué que les bornes inférieure de 90 V et supérieure de 276 V signifient que le compteur proposé par la société HEXING est plus performant et peut fonctionner en deçà et au-delà des bornes minimale et maximale respectives de 100 V et 265 V exigées par le DAO ;

Qu'il en résulte que même si la CEET estime que l'absence de mention de cette spécification relative au super condensateur peut être considérée comme un manquement mineur et que l'écart relatif à la plage de fonctionnement de la tension

ne présente aucun impact négatif sur le fonctionnement normal des compteurs proposés, elle aurait dû les relever dans le rapport d'évaluation des offres avant de les considérer comme susceptibles d'être tolérés ; que ce faisant, le processus de passation de ce marché serait caractérisé par une transparence qui crédibiliserait davantage l'attribution du marché ; qu'en passant sous silence, la mention de ces écarts dans le rapport d'évaluation, la CEET n'a pas été transparente tout au long du processus d'évaluation des offres ;

Considérant qu'aux termes de la clause 30.1 du DAO, si une offre est conforme pour l'essentiel, l'autorité contractante peut tolérer toute non-conformité ou omission qui ne constitue pas une divergence, réserve ou omission substantielle par rapport aux conditions de l'appel d'offres.

Qu'en application de cette clause, dès lors que les manquements relevés ne sont pas, suivant les conclusions de l'autorité contractante, de nature à compromettre l'objet du marché en l'empêchant de satisfaire ses besoins ou à porter préjudice aux autres candidats, c'est à bon droit qu'elle a décidé de le tolérer en acceptant l'offre de la société HEXING comme conforme pour l'essentiel ; qu'en conséquence, en ayant décidé en toute connaissance de cause de tolérer lesdits écarts, la CEET reste entièrement responsable de la bonne exécution du marché conformément au cahier des charge et dans l'intérêt supérieur des consommateurs ;

Considérant qu'au regard de tout ce qui précède, il y a lieu de dire que l'autorité contractante n'a pas méconnu la réglementation relative aux marchés publics ; qu'ainsi, il y a lieu de déclarer le recours de la société INHEMETER non fondé.

DECIDE :

1. Déclare le recours de l'entreprise INHEMETER non fondé ;
2. Dit que l'offre de ladite entreprise n'est pas conforme aux caractéristiques techniques du dossier d'appel d'offres ;
3. Constate par contre que l'offre de l'entreprise HEXING, déclarée attributaire provisoire du marché, est conforme pour l'essentiel aux caractéristiques techniques du DAO ;
4. Ordonne, en conséquence, la mainlevée de la mesure de suspension prononcée par décision n° 011-2023/ARCOP/CRD du 10 mars 2023 ;
5. Dit que la présente décision est immédiatement exécutoire nonobstant toutes voies de recours ;



6. Dit que le Directeur général par intérim de l'ARCOP est chargé de notifier à la société INHEMETER, à la Compagnie énergie électrique du Togo (CEET), 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



Madame Ayélé DATTI

LES MEMBRES



Konaté APITA



Abeyeta DJENDA