

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail - Liberté - Patrie



Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

DECISION N° 039-2020/ARMP/CRD DU 21 AOÛT 2020

**DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE AFFORD
CONTESTANT DES IRREGULARITES CONTENUES DANS LE DOSSIER
D'APPEL D'OFFRES OUVERT N° 001/2020/NSCT/DG/PRMP DU 12 JUIN 2020
DE LA NOUVELLE SOCIETE COTONNIERE DU TOGO (NSCT) RELATIF
A L'ACHAT DE PIECES DETACHEES D'AUTOMOBILES, D'ENGINS
DE TRAVAUX PUBLICS ET DE MANUTENTION**

**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° 2015-009/PR du 22 janvier 2015 portant nomination au Conseil de régulation de l'Autorité de régulation 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 des marchés publics ;

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 référencée 639/DG/AFF/2020 datée du 29 juin 2020 de la société AFFORD et enregistrée le 30 juin 2020 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 1322 ;

Sur le rapport du Directeur général par intérim de l'Autorité de régulation des marchés publics ;

En présence de Madame Ayélé DATTI, Président et de Messieurs Konaté APITA, Abeyeta DJENDA et Kuami Gaméli LODONOU, 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°1190/ARMP/DG/DRAJ du 07 juillet 2020, la direction générale de l'ARMP a réclamé à la Personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante la documentation utile à l'instruction du dossier ;

Par décision n° 030-2020/ARMP/CRD du 08 juillet 2020, le comité de règlement des différends de l'ARMP a reçu le recours de la société AFFORD et a ordonné la suspension de l'appel d'offres ouvert sus-indiqué jusqu'au prononcé de la décision au fond.

Par lettre datée du 21 juillet 2020, reçue le 23 juillet 2020 au secrétariat du CRD et enregistrée sous le numéro 1469, la Nouvelle société cotonnière du Togo a fait parvenir à l'ARMP la documentation ainsi réclamée.

LES FAITS

La Nouvelle société cotonnière du Togo (NSCT) a lancé, le 12 juin 2020, l'appel d'offres ouvert n° 001/2020/NSCT/DG/PRMP relatif à l'achat de pièces détachées automobiles, engins travaux publics et de manutention dont la date limite de dépôt des offres était fixée au 23 juillet 2020.

Les fournitures sollicitées sont réparties en neuf (09) lots suivant les catégories d'engins concernés auxquelles s'ajoutent les pièces électriques, les consommables pour les travaux de peinture et un lot quincaillerie.

Après acquisition du dossier d'appel d'offres ouvert, la société AFFORD a relevé que certaines dispositions dudit dossier sont imprécises et de nature à compromettre la concurrence.

Suite à ce constat, la société AFFORD a, par lettres successives datées des 19, 22, 25 et 26 juin 2020, a saisi la Personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante pour d'une part, lui faire part de ses observations et d'autre part, lui demander des compléments d'informations.

 2

Dans son courrier en réponse daté du 26 juin 2020, la Personne responsable des marchés publics de la Nouvelle société cotonnière du Togo (NSCT) a répondu aux demandes faites par la société AFFORD.

Non convaincue, ladite société a, par lettre référencée n° 639/DG/AFF/2020 datée du 29 juin 2020 et enregistrée le 30 juin 2020, saisi le comité de règlement des différends pour contester les irrégularités contenues dans le dossier d'appel d'offres ouvert.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

La société AFFORD conteste la régularité de certaines dispositions et soutient à l'appui de son recours :

- que dans l'avis d'appel d'offres, il est mentionné en N.B. que « les variantes ne sont pas acceptées » alors qu'au point 2 de la section V se rapportant au cahier des clauses techniques, il est indiqué en N.B : « en cas de substitution de référence d'une pièce, les soumissionnaires doivent donner la preuve que la référence proposée correspond à la pièce demandée » ;
- que l'appréciation combinée des deux mentions étant source de confusion dans la mesure où « substitution » correspondrait à « variante », la suppression de la mention « les variantes ne sont pas acceptées » s'impose car le parc matériel de l'autorité contractante étant vieillissant, il serait impossible de trouver toutes les pièces d'origine sollicitées ;
- que tenant compte du caractère vieillissant du parc de l'autorité contractante, elle propose que cette dernière admette en solution des pièces OEM (Original Equipment Manufacturer) ;
- que de plus, aucune référence n'étant renseignée sur les listes de pièces des articles 5 à 10 du lot n° 2, cette omission prive l'autorité contractante de base d'analyse comparative objective des offres techniques qui seront soumises ;
- que la solution dans ce cas de figure serait le retrait de ces articles non référencés du lot n° 2 pour en faire un lot à part entière auquel pourraient soumissionner les sociétés qui le désirent ;
- que l'autorité contractante a également omis de renseigner le bon numéro de moteur à l'article 4 du lot n° 3 d'autant plus que le numéro qui y figure correspond au numéro du moteur pour engin Caterpillar du lot n° 4 ;
- qu'au lot n° 4, un même numéro de série de moteur est renseigné pour deux types d'engins différents que sont la NIVELEUSE CAT 140 G et le BULDOZER CAT D6 alors que les références mentionnées pour certains articles sont également incorrectes ;



- qu'au regard de tout ce qui précède, elle demande au CRD d'exiger de l'autorité contractante des clarifications et éventuellement une modification du dossier d'appel d'offres ouvert afin de pallier aux manquements susmentionnés.

LES MOYENS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

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

- que la contradiction entre les mentions « les variantes ne sont pas autorisées » et « substitution de référence » relevée par la requérante n'est en réalité qu'apparente dans la mesure où la variante d'une pièce est différente de la pièce originale de par sa constitution, sa forme ou même son nom alors que la substitution d'une référence n'est que le changement de référence de la pièce lié soit à l'usine soit au lieu de fabrication ;
- que cependant, suite aux recours des candidats et après acquiescement des utilisateurs desdites pièces, il a été autorisé la proposition de variantes des pièces dont la conformité aura été validée par les utilisateurs ;
- que le non référencement des pièces au lot n° 2 tient au fait qu'elles sont issues d'engins acquis dans le temps au Port autonome de Lomé et sont généralement non catalogués auprès des vendeurs ;
- que dès lors, la proposition de la requérante de rassembler ces pièces non référencées et d'en faire un seul lot ne saurait être prise en compte car l'allotissement a été fait par organe ou élément composé de plusieurs pièces ;
- que la prise en compte de cette proposition mènerait à des acquisitions incomplètes pour des pièces interdépendantes compromettant ainsi l'efficacité des acquisitions projetées ;
- qu'en tout état de cause, à partir d'un numéro de série du châssis d'un engin, tout technicien avisé qui s'adresse au fabricant doit pouvoir obtenir les pièces détachées de ladite série ;
- qu'en ce qui concerne l'erreur relevée au lot n° 3 article 4, il y'a lieu de noter que l'article en question est une pince et non un organe et par conséquent le numéro de moteur qui est mentionné dans le tableau est une erreur de saisie ;
- qu'enfin, s'agissant de la supposée impossibilité d'avoir un même numéro de série de moteur pour la NIVELEUSE CAT 140 G et le BULDOZER CAT D6, elle confirme que ces deux d'engins fonctionnent avec le même type de moteur d'où ces références identiques ;

 4

- 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 AFFORD et d'ordonner la mainlevée de la mesure de suspension prononcée ;

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur la précision des caractéristiques techniques des fournitures définies dans le DAO ainsi que la régularité de la clause exclusive des variantes.

EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

➤ Sur la définition des caractéristiques techniques des pièces détachées sollicitées

Considérant que la société AFFORD reproche à l'autorité contractante d'avoir omis d'indiquer dans le dossier d'appel d'offres les références de certaines pièces détachées sollicitées alors que ces références sont importantes pour la détermination desdites pièces :

Considérant qu'à la Section V du dossier du dossier d'appel d'offres, l'autorité contractante a défini dans un tableau les quantités des pièces sollicitées ainsi que les caractéristiques techniques qui se résument essentiellement aux références correspondant ;

Considérant que l'examen dudit dossier d'appel d'offres fait ressortir que les références de la plupart des pièces sollicitées y ont été indiquées à l'exception de celles concernant les pièces des articles 5 à 10 du lot n° 2 concernant les véhicules RENAULT 340 TI-MANAGER et RENAULT BAO3AO, le semi-remorque TRAILOR S383ELL, les camions MAN porteur type 19.343, type 19.372 et 19.403 ;

Considérant qu'il résulte des investigations menées au cours de l'instruction du dossier que la référence d'une pièce de rechange, encore appelée numéro OEM (Original Equipment Manufacturer), est le numéro qu'un fabricant d'une pièce de véhicule affecte à cette pièce et qui sert à son identification ; que le numéro OEM est donc une référence utile pour vérifier que la pièce que l'acquéreur achète est bien celle correspondant à son engin ;

Qu'il en résulte que le numéro OEM d'une pièce automobile demeure un élément substantiel dont l'absence rend difficile, voire impossible pour les candidats de répondre au besoin de la NSCT d'autant plus qu'ils ne seront pas en mesure d'identifier les pièces sollicitées ;



Considérant que dans son mémoire en réponse l'autorité contractante tente de relativiser cette évidence en prétextant qu'il suffit aux candidats de présenter le numéro de série du châssis d'un véhicule à un fabricant et celui-ci est à même de lui fournir toutes les pièces détachées de ladite série ;

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 13 de la loi n° 2009-013 du 30 juin 2009 relative aux marchés publics et délégations de service public, la nature et l'étendue des besoins doivent être déterminées avec précision par les autorités contractantes avant tout appel à la concurrence et la détermination de ces besoins doit s'appuyer sur des spécifications techniques définies avec précision, neutralité, professionnalisme et de manière non discriminatoire au regard de la consistance des biens à acquérir ;

Qu'en application de cette disposition, la NSCT a l'obligation de définir avec précision ses besoins afin de permettre aux candidats de proposer des offres exhaustives et comparables sur une même base ;

Considérant que l'acquisition des pièces détachées vise à assurer la maintenance des véhicules relevant du parc automobile de la NSCT dont la plupart sont acquis il y a plusieurs décennies et ont fait l'objet à plusieurs reprises déjà de maintenance ; qu'il en résulte sans nul doute que les pièces sollicitées sont à la disposition de la NSCT qui a la possibilité de s'y référer pour fournir aux candidats les références nécessaires à la préparation de leurs offres ;

Qu'il est surprenant que la NSCT qui peut disposer des références des pièces pour les avoir déjà acquises ne serait-ce qu'une fois déjà ou à tout le moins peut les obtenir en s'adressant au fabricant comme elle tente de le reprocher à la requérante demande plutôt aux candidats de les rechercher par d'autres moyens ; que cette attitude dénote d'une rétention d'information ou d'une insuffisance dans la définition des besoins dont la finalité est de porter atteinte à la libre concurrence ; qu'ainsi, il y a lieu de dire qu'en laissant le soin aux candidats de rechercher par eux-mêmes les moyens de déterminer les références des pièces sollicitées, l'autorité contractante ne s'est pas conformée aux exigences de l'article 13 précité ;

➤ **Sur la possibilité pour les candidats de proposer des variantes**

Considérant que l'examen du dossier d'appel d'offres fait ressortir que les pièces détachées sollicitées visent à assurer la maintenance de plusieurs engins dont des automobiles de marque BENZ, RENAULT, MAN et des engins industriels de marque chariot, des engins de travaux publics tels que des Caterpillar et bulldozer ainsi que des tracteurs agricoles ;

Considérant que l'analyse du dossier fait apparaître qu'hormis le RVI GAMME, le tracteur agricole MASSEV FERGUSON MF 470 Xtra et le véhicule Renault industriel qui datent respectivement de 2018, 2013 et 2012, tous les autres



véhicules et engins dont les années de fabrication sont indiquées ont un âge compris entre 19 et 40 ans, puisque y figurent des véhicules dont la période de fabrication remonte à l'année 1980 ; qu'il est donc constant que ces types de véhicules ne sont plus fabriqués de nos jours ;

Considérant qu'en dépit du caractère vétuste des automobiles et engins pour lesquels les pièces de maintenance sont sollicitées, l'autorité contractante a interdit dans l'avis d'appel d'offres la possibilité pour les candidats de proposer des pièces variantes ;

Considérant que la requérante conteste cette interdiction qu'elle juge contradictoire avec la possibilité accordée aux candidats à la section V, Cahier des clauses techniques, de fournir des pièces dont les références ont fait l'objet de substitution ;

Considérant que d'avis d'expert, il est quasi impossible de retrouver toutes les pièces de rechanges auprès d'un fabricant déterminé à moins d'en faire une commande spéciale pour des véhicules de telle durée de vie ;

Que c'est consciente de cette situation que l'autorité contractante a autorisé à la Section V du cahier des clauses techniques du dossier d'appel d'offres la possibilité pour les candidats de fournir des pièces détachées dont les références ont fait l'objet de substitution ;

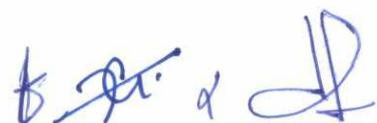
Considérant qu'en matière de marchés publics, une variante n'est qu'une solution alternative à l'offre de base ; que même si en l'espèce, elle ne saurait être assimilée à une substitution de référence d'une pièce, il n'en demeure pas moins que pour donner une chance à la présente procédure d'aboutir, l'autorité contractante aurait dû autoriser les candidats à proposer des variantes en raison du fait que certaines pièces sollicitées sont difficiles à trouver sur le marché ;

Considérant que l'autorité contractante reconnaît elle-même la nécessité d'autoriser les variantes, puisqu'elle déclare dans son mémoire en réponse que suite aux revendications des candidats, la Personne responsable des marchés publics a décidé d'accepter les variantes des pièces dont la conformité aura été validée par les utilisateurs ; qu'en admettant lesdites variantes suite à la demande d'éclaircissements, la NSCT avait l'obligation de modifier par un addendum les clauses du dossier d'appel d'offres ;

Qu'au regard de ce qui précède et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens soulevés par la requérante, il convient de dire que le dossier d'appel d'offres susmentionné comporte beaucoup d'irrégularités qui méritent d'être rectifiées ; qu'ainsi il y a lieu d'ordonner son annulation et la reprise du processus de lancement sur la base d'un dossier d'appel d'offres purgé des irrégularités relevées ;

DECIDE :

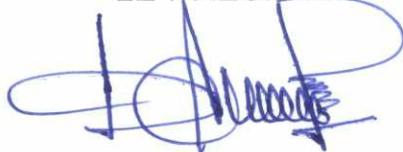
- 1) Déclare le recours de la société AFFORD fondé ;

- 2) Constate que le dossier d'appel d'offres dont s'agit comporte des irrégularités qui méritent d'être corrigées ;
- 3) Ordonne en conséquence l'annulation de la procédure d'appel d'offres ouvert n° 001/2020/NSCT/DG/PRMP du 12 juin 2020 et la reprise du processus sur la base d'un dossier d'appel d'offres conforme à la réglementation en vigueur ;
- 4) Dit que la présente décision est immédiatement exécutoire nonobstant toutes voies de recours ;
- 5) Dit que le Directeur général par intérim de l'ARMP est chargé de notifier à la société AFFORD, à la Nouvelle société cotonnière du Togo (NSCT), 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



Konaté APITA



Abeyeta DJENDA



Kuami Gaméli LODONOU