

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail - Liberté - Patrie



Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

**DECISION N° 076-2021/ARMP/CRD DU 15 OCTOBRE 2021
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN FORMATION
LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE ECKOLAB WEST AFRICA SARL
CONTESTANT LES RESULTATS PROVISOIRES DE LA DEMANDE DE
RENSEIGNEMENT DE PRIX N° 009/2021/ITRA-DG/F/BIE DU 24 JUIN 2021 DE
L'INSTITUT TOGOLAIS DE RECHERCHE AGRONOMIQUE (ITRA) RELATIVE A
LA FOURNITURE ET A L'INSTALLATION D'UN GRANULOMETRE LASER AU
PROFIT DE LA DIRECTION DES LABORATOIRES DE L'ITRA**

**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 n° 0020/SCE-METRO/DG/ECK-2021 du 03 septembre 2021 de l'entreprise ECKOLAB WEST AFRICA Sarl, enregistrée le 06 septembre 2021 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 2330 ;

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

En présence de Madame Ayélé DATTI, Président, 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 décision n° 064-2021/ARMP/CRD du 15 septembre 2021, le Comité de règlement des différends de l'ARMP a reçu le recours de la société ECKOLAB WEST AFRICA Sarl 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° 3006/ARMP/DG/DRAJ du 09 septembre 2021, 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 bordereau de transmission n° 0114/2021/ITRA-PRMP du 14 septembre 2021, reçu le même jour au secrétariat du CRD et enregistré sous le numéro 2414, la Personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante a fait parvenir à l'ARMP la documentation ainsi réclamée.

LES FAITS

L'Institut togolais de recherche agronomique (ITRA) a lancé, le 24 juin 2021, la demande de renseignement de prix n° 009/2021/ITRA-DG/F/BIE pour la fourniture et l'installation d'un granulomètre laser au profit de sa direction des laboratoires.

Le matériel à acquérir est destiné à la mesure de la taille des particules présentes dans des échantillons de produits solides (poudres, farines) ou liquides (sirops, émulsions, suspensions...) au laboratoire.

A la date limite de dépôt des offres fixées au 09 juillet 2021, la Commission de passation des marchés publics de l'ITRA a enregistré les offres de cinq (5) soumissionnaires dont les sociétés ECKOLAB WEST AFRICA Sarl et PEPINO Sarl.

A l'issue de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a initialement déclaré attributaire provisoire, la société ECKOLAB WEST AFRICA Sarl pour un montant de soixante-huit millions cinq cent vingt-cinq mille cinq cent quarante-cinq (68 525 545) francs CFA toutes taxes comprises (TTC).

Suite au recours gracieux exercé par la société PEPINO Sarl en contestation des premiers résultats, la sous-commission d'analyse a favorablement accueilli les griefs formulés dans ledit recours en recommandant l'annulation de l'attribution faite à la société ECKOLAB WEST AFRICA Sarl et la réattribution du marché à la société PEPINO Sarl pour un montant de soixante-huit millions trois cent trente-huit mille six cent quatre-vingts (68 338 680) francs CFA TTC.

Après l'avis de non objection de la commission de contrôle des marchés publics (CCMP) donné par lettre n° 254/2021/ITRA-CCMP du 16 août 2021 sur la version reprise du rapport d'évaluation des offres, la Personne responsable des marchés publics de l'Institut togolais de recherche agronomique a, par lettre n° 081/2021/PRMP du 16 août 2021, reçue le même jour, informé tous les soumissionnaires des résultats provisoires de la DRP susmentionnée y compris la société ECKOLAB WEST AFRICA Sarl de sa disqualification de l'attribution du marché.

Par lettre n° 0018/SCE-METRO/DG/ECK-2021 du 23 août 2021 adressée à la personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante et reçue le 25 août 2021, la société ECKOLAB WEST AFRICA Sarl a contesté les résultats provisoires par un recours gracieux.

Par lettre n° 097/2021/PRMP du 30 août 2021, l'autorité contractante a rejeté le recours gracieux introduit par la requérante comme non fondé.

Non satisfaite, la société ECKOLAB WEST AFRICA Sarl a, par lettre n° 0020/SCE-METRO/DG/ECK-2021 du 03 septembre 2021, saisi le Comité de règlement des différends pour contester les résultats provisoires de la DRP.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

La société ECKOLAB WEST AFRICA Sarl conteste les résultats provisoires de la DRP et soutient à l'appui de son recours :

- que suivant le procès-verbal d'attribution provisoire du 26 juillet 2021, elle était désignée attributaire du marché ;
- qu'elle ne comprend pas par quel moyen l'offre du soumissionnaire PEPINO Sarl qui a proposé l'équipement Bettersizer 2600 dont la plage de mesure part de 0,02 à 2600 μm et présente les voies de dispersion humide de 0,02 à 2600 μm et sèche de 0,1 à 2600 μm a été retenue ;



- qu'en effet, la lettre réponse de l'autorité contractante aux demandes d'éclaircissements qui revoit à la baisse la plage de mesure de 3500 μm à 2600 μm , tout en reconnaissant une possibilité d'être confronté à l'analyse des échantillons de tailles allant de 0,01 à 3500 μm , présente une ambiguïté ;
- qu'ainsi, au point 6 de ladite lettre, il est bien précisé la plage de mesure totale par analyse qui est comprise entre 0,01 et 2600 μm , dont les plages humides sont conformes à celui de l'équipement Bettersizer 2600, mais présentent un gap de 0,01 μm ;
- que cependant, au point 7 de la même lettre, la taille des particules devant faire l'objet d'analyse granulométrique au laser est fixée entre 0,01 et 3500 μm ;
- que le point ci-dessus évoqué soulève des inquiétudes qui amènent à se demander comment l'ITRA pourrait analyser les échantillons dont la taille des particules est comprise entre 2600 et 3500 μm ou entre 0,01 et 0,02 μm ou encore à s'interroger sur la pertinence de cette méthode de préparation d'échantillon qui produirait uniquement des particules de tailles comprises entre 0,02 et 2600 μm permettant l'analyse par le Bettersizer 2600 proposé par la société PEPINO Sarl ;
- que par conséquent, elle voudrait faire observer que l'équipement proposé par la société PEPINO Sarl présente une non-conformité aussi bien avec le cahier des charges de départ qu'avec la lettre d'éclaircissement servant d'addendum à la DRP ;
- qu'elle est convaincue que cet équipement dont la plage de mesure part de 0,02 à 2600 μm ne saurait répondre aux attentes de l'ITRA puisqu'il ne peut couvrir l'analyse de particules sur une plage de mesure allant de 0,01 à 3500 μm ;
- que par contre l'équipement d'origine allemande qu'elle propose a des performances granulométriques bien supérieures qui couvrent une plage de mesures allant de 0,01 à 3800 μm , avec seulement une différence de prix de 186 865 francs CFA par rapport à celui de son concurrent qui est d'origine chinoise et est moins robuste ;
- qu'au regard de ce qui précède, elle s'estime être injustement évincée de l'attribution du marché et demande au Comité de règlement des différends de bien vouloir la rétablir dans ses droits.



LES MOYENS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

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

- qu'il était dans un premier temps question pour les soumissionnaires de proposer un granulomètre laser susceptible d'analyser les particules de sols dont la taille est comprise entre 0,01 et 3500 μm et portant une voie humide et une voie sèche ;
- que suite à une demande d'éclaircissements formulée par la société PEPINO Sarl sur les spécifications techniques de la DRP, il a été précisé que l'équipement doit répondre à la voie humide allant de 0,02 à 2600 μm et à la voie sèche de 0,1 à 2600 μm ;
- que par conséquent, la plage de mesure exigée était dorénavant de 0,01 à 2600 μm ;
- que certes, la première évaluation des offres donnait attributaire provisoire la société ECKOLAB WEST AFRICA Sarl dont l'offre répondait aux exigences de la DRP et rejetait celle de la société PEPINO Sarl qui était jugée non conforme ;
- que cependant, suite au recours gracieux formé par la société PEPINO Sarl à l'encontre des premiers résultats, la sous-commission d'évaluation a, de nouveau, procédé à une analyse minutieuse des fiches techniques de chaque soumissionnaire ;
- qu'il ressort clairement de cette analyse que l'offre de la société PEPINO Sarl et sa fiche technique sont en réalité conformes aux exigences de la lettre d'éclaircissement servant d'addendum à la DRP ;
- que sur la base de ce constat, il a fallu reprendre l'évaluation en tenant compte du fait que toutes les offres étaient techniquement conformes et qu'elles ne pouvaient être départagées qu'à l'étape de l'évaluation financière ;
- qu'à l'issue de cette seconde évaluation, la société PEPINO Sarl dont l'offre (68 338 680 F CFA) présente un avantage économique par rapport à celle de la société ECKOLAB WEST AFRICA (68 525 544) a été retenue attributaire provisoire d'autant plus qu'elle satisfait aux critères de qualification requis par la DRP ;
- qu'au regard de tout ce qui précède, elle demande au Comité de bien vouloir déclarer non-fondé le recours de la société ECKOLAB WEST AFRICA et d'ordonner la mainlevée de la mesure de suspension prononcée par décision n° 064-2021/ARMP/CRD du 15 septembre 2021.



OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur la régularité de l'attribution provisoire du marché et la conformité de l'offre de l'attributaire provisoire aux exigences techniques de la demande de renseignement de prix (DRP).

EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

➤ **Sur l'incompatibilité entre la plage de mesure exigée et la taille des particules de l'échantillon**

Considérant que la requérante s'appuie sur la divergence entre la plage totale de mesure et par analyse exigée au point 6 de l'addendum de la DRP qui se situe dans la fourchette de 0,01 à 2600 μm et la taille des particules devant faire l'objet d'analyse, fixée au point 7, entre 0,01 et 3500 μm , pour émettre des doutes sur la compatibilité de ces spécifications et leur pertinence ;

Que corrélativement à la divergence sus-relevée, la requérante émet également des doutes sur la capacité de l'équipement proposé par la société PEPINO Sarl à satisfaire aux exigences du marché projeté, dans la mesure où elle s'inscrit uniquement dans la fourchette de 0,01 à 2600 μm ;

Considérant qu'interpellé au cours de l'instruction du dossier sur ces griefs formulés par la requérante, les représentants de l'autorité contractante impliqués dans la gestion du dossier ont fait savoir que les spécifications relatives à la taille des particules de l'échantillon sont fixées à titre indicatif dans la DRP, en fonction de la fourchette de 0,01 à 3500 μm qui constitue un intervalle de préparation suivant les normes conventionnelles de laboratoire ;

Qu'ils ont, en outre, expliqué que c'est pour marquer à dessein le caractère purement facultatif et relatif de ces spécifications que celles-ci ont été complétées au point 7 de l'addendum par la mention « dépend de l'échantillon mais aussi de la préparation de l'échantillon » ;

Considérant qu'un expert domaine externe consulté au cours de l'instruction du dossier a émis l'avis suivant lequel la divergence constatée entre la plage de mesure totale du matériel à acquérir et la taille des particules à analyser n'est pas de nature à entraver l'usage du matériel suivant le besoin spécifié par l'autorité contractante qui doit sûrement disposer d'autres matériels pour mesurer des particules allant au-delà de la taille spécifiée ;

Qu'il résulte donc des clarifications ci-dessus obtenues que les spécifications de taille des particules des échantillons et celles de la plage de mesure du matériel ont des portées bien distinctes ; qu'en effet, les spécifications de



particules étant tributaires du choix des échantillons et de la préparation d'usage qu'en font les techniciens de laboratoire du service bénéficiaire, elles ne peuvent être opposées aux soumissionnaires qui sont tenus de se conformer aux seules spécifications du matériel exigées par l'autorité contractante ;

Considérant que les objets de ces deux spécifications n'étant pas identiques, il va de soi que l'autorité contractante a fait une bonne application de la clause concernée ; que le grief de la requérante est inopérant ;

➤ **Sur la régularité de l'attribution du marché à la société PEPINO Sarl**

Considérant suivant les pièces versées au dossier, l'autorité contractante avait, dans la version initiale du rapport d'évaluation des offres, estimé que les spécifications de plages de mesure par voies humide, sèche et totale du matériel proposé dans l'offre de la société PEPINO Sarl n'étaient pas conformes aux exigences de la DRP, avant de revoir sa position, suite à son recours gracieux, en admettant son erreur d'appréciation desdites spécifications ;

Considérant que la société ECKOLAB WEST AFRICA conteste la régularité de la réattribution du marché à la société PEPINO Sarl, et soutient à l'appui de son recours que l'offre de sa concurrente, contrairement à la sienne qui avait été retenue attributaire au cours de la première évaluation, comporte des spécifications techniques non conformes aux exigences de la DRP tant dans sa version initiale que dans l'addendum ;

Considérant que suivant le point 6 de l'addendum, la plage de mesure totale et par analyse requise pour le matériel se situe entre 0,01 et 2600 μm ;

Que de plus, pour la mesure de produits par voies sèche et humide, il est requis que le matériel prenne en compte les plages de mesure, ci-après :

- voie humide (pour les liquides ou particules en suspension) : 0,02 à 2600 μm et
- voie sèche (pour les particules sèches ou en poudre) : 0,1 à 2600 μm ;

Considérant que l'examen de l'offre de la société PEPINO Sarl au cours de l'instruction du dossier fait ressortir qu'en réponse aux exigences sus-décrites de la DRP, elle a proposé un granulomètre de marque Battersizer qui prend en compte les plages de mesure et les fourchettes ci-après :

- pour la mesure totale : 0,01 à 2600 μm ;
- pour la mesure par voie humide : 0,02 à 2600 μm
- pour la mesure par voie sèche : 0,01 à 2600 μm ;

Considérant qu'une comparaison entre les spécifications ci-dessus exposées de l'offre de la société PEPINO Sarl et celles exigées fait ressortir l'existence

d'une divergence entre la borne inférieure de mesure des produits par voie sèche du matériel proposé qui est de 0, 01 μm et celle de la DRP fixée à 0,1 μm , ce qui avait entraîné le rejet de son offre avant que l'autorité contractante ne reconsidère sa décision suite à l'examen de son recours gracieux ;

Considérant que pour mesurer l'impact de l'écart relevé et déterminer le sort à y réserver, il a été procédé à une vérification de la spécification sur la fiche technique du fabricant jointe à l'offre de la société, laquelle indique une plage de mesure par voie sèche de 0,1 à 2600 μm dont la borne inférieure correspond à celle fixée dans la DRP ;

Considérant qu'il est d'usage dans la pratique des marchés publics que les fiches techniques ou prospectus du fabricant insérés dans les offres visent à confirmer la sincérité et l'exactitude des spécifications proposées par les soumissionnaires dans leurs offres ; que de ce fait, en cas de divergence entre les informations fournies dans les documents produits, celles des fiches techniques qui correspondent aux exigences du dossier d'appel à concurrence, doivent prévaloir sur les autres informations de l'offre ;

Qu'en l'espèce, dès lors que la spécification de mesure des produits par voie sèche du prospectus correspond à celle exigée, celle-ci devrait être considérée conforme et corrélativement, la divergence relevée dans l'offre devait être traitée comme relevant d'une erreur matérielle dont la correction serait sans incidence sur la conformité de l'offre tel que l'a effectué l'autorité contractante suite au recours du soumissionnaire PEPINO Sarl ;

Considérant par ailleurs que pour convaincre de la pertinence de ses prétentions, la requérante met en exergue les performances de son matériel proposé qu'elle déclare couvrir une plage de mesures allant au-delà des exigences de la DRP ;

Considérant que contrairement à l'argumentaire de la requérante qui tente de mettre en exergue la robustesse et la supériorité des performances granulométriques de son matériel, ces qualités sont présumées avoir été prises en compte par l'autorité contractante à laquelle elle ne saurait se substituer et à qui il appartient seule de définir ses besoins ;

Que dès lors qu'il est établi que l'autorité contractante avait fait une appréciation erronée de la conformité des spécifications proposées par la société PEPINO Sarl qu'elle a, par la suite, corrigée en lui réattribuant à bon droit le marché, il y a lieu de dire que le grief relatif à l'irrégularité de cette réattribution est non fondé ;

Considérant qu'au regard de tout ce qui précède, il convient de déclarer le recours de la société ECKOLAB WEST AFRICA Sarl non fondé et d'ordonner la mainlevée de la mesure de suspension prononcée par décision n° 064-2021/ARMP/CRD du 15 septembre 2021 ainsi que la poursuite de la procédure de passation de marché dont s'agit.

DECIDE :

- 1) Déclare le recours de la société ECKOLAB WEST AFRICA Sarl non fondé ;
- 2) Le déboute de tous ses moyens et prétentions ;
- 3) Ordonne en conséquence la mainlevée de la mesure de suspension prononcée par décision n° 064-2021/ARMP/CRD du 15 septembre 2021 et la poursuite de la procédure de passation de marché dont s'agit ;
- 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 ECKOLAB WEST AFRICA Sarl, à l'Institut togolais de recherche agronomique (ITRA) ainsi qu'à la Direction nationale du contrôle des marchés publics, la présente décision qui sera publiée.

LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS (CRD)

LE PRESIDENT



Madame Ayélé DATTI

LES MEMBRES



Konaté APITA



Abeyeta DJENDA