

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail-Liberté-Patrie



Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

**DECISION N° 042-2018/ARMP/CRD DU 09 AOÛT 2018
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE
MEDICAL PROMOTARGET SAS CONTESTANT LES RESULTATS
PROVISOIRES DE L'APPEL D'OFFRES INTERNATIONAL
N° 025/PPM 2018/MSPS/CAB/PRMP/PASMIN DU 28 MARS 2018 DU
MINISTERE DE LA SANTE ET DE LA PROTECTION SOCIALE
RELATIF A LA FOURNITURE ET L'INSTALLATION DE
BALANCES, TOISES ET DE SACS POUR BALANCES
ET TOISES POUR LE PROJET PASMIN**

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° 2015-008/PR du 22 janvier 2015 portant nomination du Directeur général de l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) ;

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 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 non référencée du 20 juillet 2018 introduite par la société MEDICAL PROMOTARGET SAS et enregistrée le même jour au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 1672 ;

Sur le rapport du Directeur général 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° 1457/ARMP/DG/DRAJ du 25 juillet 2018, 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° 040-2018/ARMP/CRD du 30 juillet 2018, le Comité de règlement des différends de l'ARMP a reçu le recours de la société MEDICAL PROMOTARGET SAS et a ordonné la suspension de l'appel d'offres sus-indiqué jusqu'au prononcé de la décision au fond.

Par lettre n° 1110/2018/MSPS/CAB/PRMP/CPMP du 31 juillet 2018, reçue le même jour au secrétariat du CRD et enregistrée sous le numéro 1743, la Personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante a fait parvenir à l'ARMP la documentation ainsi réclamée.

LES FAITS

Le ministère de la santé et de la protection sociale a lancé le 28 mars 2018 l'appel d'offres international n° 025/PPM2018/MSPS/CAB/PRMP/PASMIN relatif à la fourniture et l'installation de balances, toises et de sacs pour balances et toises pour le Projet d'appui aux services de santé maternelle et infantile et de nutrition (PASMIN).

Aux date et heure limites de dépôt des offres fixées au 03 mai 2018 à 11 heures 00 minute, la commission de passation des marchés publics dudit ministère a reçu et ouvert les offres de six (06) soumissionnaires dont celles des sociétés MEDICAL PROMOTARGET SAS et STEA Sarl.



2

A l'issue de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a déclaré attributaire provisoire du marché, la société STEA Sarl pour un montant de deux cent trente-six millions vingt-neuf mille deux cents (236 029 200) francs CFA hors taxes/hors douanes.

Après l'avis de non objection de la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) donné par lettre n° 2067/MEF/DNCMP/DDCI du 26 juin 2018 sur le rapport d'évaluation des offres, la Personne responsable des marchés publics du ministère de la santé et de la protection sociale a, par lettre n° 0988/2018/MSPS/CAB/PRMP du 05 juillet 2018, informé la société MEDICAL PROMOTARGET SAS des résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné et corrélativement du rejet de son offre.

Par lettre référencée DG 306/TW/18 MPT du 10 juillet 2018, la société MEDICAL PROMOTARGET SAS a contesté les résultats provisoires par un recours gracieux auprès de la personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante qui l'a rejeté comme non fondé.

Non satisfaite, la société MEDICAL PROMOTARGET SAS a, par lettre datée du 11 juillet 2018 saisi le Comité de règlement des différends pour contester le rejet de son offre.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

La société MEDICAL PROMOTARGET SAS conteste les résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné et soutient à l'appui de son recours :

- que l'autorité contractante l'a disqualifiée au motif qu'elle ne répond pas au critère du dossier d'appel d'offres relatif à l'exécution satisfaisante de deux (2) marchés similaires d'un montant minimum de 250 000 000 de francs CFA au cours des cinq (5) dernières années ;
- que ce motif de rejet n'est pas pertinent dans la mesure où, dans le contexte des marchés de fournitures, le soumissionnaire qui présente une autorisation du fabricant et a une disponibilité de crédit suffisante, n'a pas besoin de justifier une telle expérience pour démontrer sa capacité à exécuter le marché ;
- qu'une comparaison entre le montant d'attribution provisoire du marché qui s'élève à 236 029 200 francs CFA et le montant sus-exigé pour chaque marché similaire, permet de mesurer le caractère disproportionné de ce critère qui traduit l'intention manifeste de l'autorité contractante de restreindre la concurrence et d'entraver l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique ;

 3

- qu'en outre, l'autorité contractante a violé le principe d'égalité de traitement des candidats en attribuant le marché à la société STEA Sarl, malgré le fait qu'elle n'ait pas, comme ses concurrents, fourni l'autorisation du fabricant de la toise portative du bébé en bois requise par le DAO ;
- que par ailleurs, elle voudrait attirer l'attention du Comité sur l'économie de plus de 55 000 000 de francs que présente son offre par rapport à celle de l'attributaire provisoire ;
- qu'à cet effet, étant donné que son offre a été évaluée conforme aux spécifications techniques et qu'elle satisfait à tous les critères de qualification du DAO, hormis celui anticoncurrentiel des marchés similaires, elle est disposée à fournir une garantie supplémentaire pour prouver sa capacité à exécuter le marché dans le délai requis ;
- 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 :

- que la requérante a été disqualifiée de l'attribution du marché parce qu'elle ne répond pas au critère du dossier d'appel d'offres relatif à l'exécution satisfaisante de deux (2) marchés similaires d'un montant minimum de 250 000 000 de francs CFA au cours des cinq (5) dernières années ;
- qu'en effet, parmi les marchés similaires dont la requérante a rapporté la preuve de l'exécution dans son offre, le plus important en valeur s'élève à 29 561 296 francs CFA ;
- qu'elle tient à rappeler que la requérante n'est plus recevable pour contester le critère de marché similaire du DAO dans la phase d'attribution du marché d'autant plus qu'elle n'a formulé aucune réserve à cet effet, lors de la phase de lancement de l'appel d'offres, avant le dépôt de sa soumission ;
- que s'agissant de l'autorisation du fabricant de la toise pour bébé non fournie par l'attributaire provisoire, la sous-commission d'analyse n'a pas jugé nécessaire d'appliquer ce critère d'autant plus que le modèle proposé par ledit soumissionnaire relève d'une fabrication locale ;
- que néanmoins, pour s'assurer de la qualité du modèle proposé, il a été exigé à la société STEA Sarl de fournir un échantillon dudit matériel qui a été validé avant la décision de lui attribuer le marché ;



- qu'elle s'étonne que la requérante s'appuie sur le caractère moins disant de son offre pour revendiquer l'attribution du marché alors qu'elle est bien consciente du fait que la non satisfaction du critère de capacité technique et d'expérience du DAO relevée à son égard la disqualifie ;
- 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 MEDICAL PROMOTARGET SAS et d'ordonner la mainlevée de la mesure de suspension prononcée par décision n° 040-2018/ARMP/CRD du 30 juillet 2018 ;

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur la satisfaction par les soumissionnaires aux critères de qualification exigés dans le dossier d'appel à la concurrence.

EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

➤ Sur l'exigence de marchés similaires

Considérant qu'aux termes des dispositions du point 5 de la section III du dossier d'appel d'offres, il est requis des candidats de fournir, au titre de leur capacité technique et expérience, la preuve d'avoir réalisé au cours des cinq (5) dernières années, en tant que fournisseur principal, au moins deux (2) marchés similaires. Pour être admis comme marché similaire, le marché référencé doit être d'un montant supérieur ou égal à 250 000 000 F CFA ;

Considérant qu'en réponse à cette exigence, la société MEDICAL PROMOTARGET SAS a cité dans son offre plusieurs références de marchés antérieures similaires avec les preuves y afférentes ;

Considérant cependant que l'examen des marchés similaires référencés par la requérante fait ressortir que le plus important en valeur est le marché n° PEA-OMD/DP2/004/2016 relatif à la fourniture d'équipements biomédicaux au profit de la SOTOMED pour un montant de 29 561 296 francs CFA ;

Que tirant conséquence du fait que la requérante ne satisfait pas au critère d'expérience susmentionné, la sous-commission d'analyse l'a disqualifiée de l'attribution du marché et a donc rejeté son offre ;



5

Considérant que la requérante conteste cette décision en arguant que la valeur des marchés similaires exigée est excessive, restrictive de la concurrence et délibérément fixée pour entraver l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique ;

Que le recours de la société MEDICAL PROMOTARGET SAS ne vise pas à contester le motif de rejet de son offre mais plutôt la pertinence du critère de capacité technique et d'expérience préalablement défini dans le dossier d'appel d'offres ;

Considérant qu'aux termes des articles 122 et 124 du code des marchés publics, tout candidat qui souhaite contester la régularité des critères d'évaluation définis dans le dossier d'appel à la concurrence doit introduire son recours au plus tard dix (10) jours ouvrables précédant la date prévue pour le dépôt de la candidature ou de la soumission ;

Qu'il résulte des dispositions précitées que si la requérante avait voulu contesté la régularité de l'exigence de capacité technique et expérience du DAO, elle avait l'obligation de le faire lors de la phase d'appel à la concurrence et dans les délais sus-indiqués ;

Qu'en n'ayant pas contesté ledit critère à cette étape du processus, la requérante est censée avoir accepté cette exigence et n'est plus admise à le contester à l'issue de l'évaluation des offres ; qu'ainsi ce moyen n'est pas recevable ;

➤ **Sur la non production de l'autorisation du fabricant de la toise pour bébé par l'attributaire provisoire**

Considérant qu'aux termes des dispositions du point 5.b) de la section III du dossier d'appel d'offres, « si le soumissionnaire n'est pas le fabricant, mais propose les fournitures d'un fabricant, le soumissionnaire devra joindre à son offre l'autorisation du fabricant renseignée conformément au formulaire de la section IV (formulaire de soumission) » ;

Considérant qu'en réponse à cette exigence, la société STEA Sarl a proposé dans son offre une toise en bois de fabrication locale accompagnée de la description des dimensions et spécifications techniques prévues au dossier d'appel d'offres et conforme aux normes UNICEF, sans toutefois être en mesure de produire une autorisation du fabricant ;

 

Considérant que dans sa requête, la société MEDICAL PROMOTARGET SAS relève cette carence de l'offre de l'attributaire provisoire et reproche à l'autorité contractante d'avoir rompu le principe d'égalité de traitement des candidats en lui attribuant le marché ;

Considérant que l'exigence de l'autorisation du fabricant vise à s'assurer que le soumissionnaire qui propose de livrer des fournitures dont il n'est pas fabricant livrera des fournitures de bonne qualité, neuves, exemptes de toute contrefaçon, à même de répondre à l'usage normal auquel elles sont destinées et vis-à-vis desquelles toutes les obligations de garantie technique sont souscrites, indépendamment de l'origine des fournitures concernées ;

Qu'à ce titre, dans la mesure où l'autorisation du fabricant n'est requise que pour confirmer les qualifications du soumissionnaire et ses engagements de garantie de la qualité des produits, la réglementation en vigueur admet qu'elle puisse être réclamée à titre de compléments d'informations au soumissionnaire ;

Considérant qu'en l'espèce, l'instruction du dossier révèle que pour s'assurer de la qualité de la toise de fabrication locale proposée par la société STEA Sarl, l'autorité contractante lui a demandé par écrit de fournir un échantillon dudit matériel, qui a été analysé comme conforme aux exigences du dossier d'appel d'offres ;

Considérant que s'il est vrai que les vérifications susmentionnées sont utiles pour s'assurer de la qualité réelle des modèles de toises proposées par ladite société, il n'en demeure pas moins qu'elles ne sauraient se substituer à l'exigence d'autorisation du fabricant formulée dans le dossier d'appel d'offres ;

Qu'ainsi pour s'assurer de la confirmation des garanties offertes sur la qualité des produits, il convient d'ordonner à l'autorité contractante de réclamer par écrit au soumissionnaire la production de l'autorisation du fabricant des toises proposées suivant le modèle de formulaire du DAO et dans le respect du délai réglementaire en vigueur, sous peine de rejet de son offre ;

Qu'au regard de tout ce qui précède, il y a lieu de déclarer le recours de la société MEDICAL PROMOTARGET SAS fondé en ce qui concerne la non production de l'autorisation du fabricant et d'ordonner l'annulation des résultats provisoires ainsi que la reprise de l'évaluation des offres de l'appel d'offres sus-indiqué ;



7

DECIDE :

- 1) Déclare le recours de la société MEDICAL PROMOTARGET SAS fondé ;
- 2) Ordonne en conséquence l'annulation des résultats provisoires et la reprise de l'évaluation des offres de l'appel d'offres international n° 025/PPM 2018/MSPS/CAB/PRMP/PASMIN du 28 mars 2018 ;
- 3) Dit que la présente décision est immédiatement exécutoire nonobstant toutes voies de recours ;
- 4) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la société MEDICAL PROMOTARGET SAS, au ministère de la santé et de la protection sociale, 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



Kuami Gaméli LODONOU