

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail-Liberté-Patrie



Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

----- COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS -----

**DECISION N° 136-2013/ARMP/CRD DU 25 SEPTEMBRE 2013
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE
PLANETE COM CONTESTANT LES RESULTATS PROVISOIRES
DE L'APPEL D'OFFRES N° 005/2012/MS/CAB/DGS/PAGRHS
DU 19 DECEMBRE 2012 DU MINISTERE DE LA SANTE RELATIF
A LA FOURNITURE DE MATERIELS INFORMATIQUE
ET BUREAUTIQUE ET SERVICES CONNEXES**

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° 2011-145/PR du 16 septembre 2011 portant nomination des membres du Conseil de régulation ;

Vu le décret n° 2011-148/PR du 12 octobre 2011 portant nomination du Directeur général 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° 003/2012/ARMP/CR du 03 janvier 2012 portant nomination des membres du Comité de règlement des différends (CRD) ;

Vu la requête de la SOCIETE Planète COM datée du 27 août 2013 et enregistrée le même jour au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 1438 ;

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

En présence de Madame Ayélé DATTI, Président, de Messieurs Abeyeta DJENDA et Kuami Gaméli LODONOU, membres dudit Comité ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Adopte la présente décision fondée sur la régularité du recours ;

Par décision n° 134-2013/ARMP/CRD du 04 septembre 2013, le Comité de règlement des différends de l'ARMP a reçu le recours de la société Planète COM en contestation des résultats provisoires et a ordonné la suspension de la procédure d'attribution de l'appel d'offres sus- indiqué jusqu'au prononcé de la décision au fond.

Par lettre référencée n° 2020/ARMP/DG/DRAJ datée du 30 août 2013, la direction générale de l'ARMP a réclamé à la personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante de lui transmettre la documentation utile à l'instruction du dossier.

Par lettre n° 2131/2013/MS/CAB/PRMP/CPMP datée du 05 septembre 2013 et enregistrée le même jour au secrétariat du CRD sous le numéro 1483, le ministère de la santé a fait parvenir au CRD les documents à lui réclamés.

LES FAITS

Dans le cadre de la mise en œuvre du Projet d'appui à la gestion des ressources humaines en santé et du médicament (PAGRHSM), le ministère de la santé a lancé, en un (01) lot unique, l'appel d'offres n°005/2012/MS/CAB/DGS/PAGRHSM du 19 décembre 2012 relatif à la fourniture de matériels informatique et bureautique et services connexes.

A la date limite d'ouverture des plis fixée au 18 janvier 2013, la commission de passation des marchés publics du ministère de la santé a reçu et ouvert quatre (04) offres présentées par les soumissionnaires ci-après : COMPUTER PLUS, Planète COM, STNT et ULTRASYS.

A l'issue de l'évaluation des offres, la Commission de passation des marchés publics du ministère de la santé a déclaré la société STNT attributaire provisoire du marché pour un montant de quatre-vingt-dix millions neuf cent vingt-trois mille trois cents (90 923 300) F CFA HT.



2

Après les avis de non objection de la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) et de l'Agence Française de Développement (AFD), donnés respectivement par lettre n° 1763/MEF/DNCMP/DAJ datée du 28 juin 2013 et celle référencée 2013/LV/D-844 datée du 17 juillet 2013, le Responsable administratif et financier du Projet d'appui à la gestion des ressources humaines en santé et du médicament (PAGRHSM) géré par le ministère de la santé a, par bordereau d'envoi non daté reçu le 07 août 2013, informé la société Planète COM des résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné et corrélativement le rejet de son offre.

Après avoir pris connaissance desdits résultats, la société Planète COM en se fondant sur l'article 62 du code des marchés publics, a, par lettre datée du 26 août 2013, réclamé à l'autorité contractante de mettre à sa disposition le rapport d'évaluation des offres à titre d'information et d'éclaircissement sur les conditions d'attribution du marché.

Par lettre datée du 27 août 2013 et enregistrée le même jour sous le numéro 1438, la société Planète COM a saisi le Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) pour contester le rejet de son offre.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

La société Planète COM conteste les résultats provisoires de l'appel d'offres et soutient à l'appui de son recours :

- que le rapport d'évaluation contient des erreurs de forme ; qu'il n'est pas signé par les personnes dûment habilitées, en l'occurrence les membres de la commission de passation des marchés publics ;
- qu'elle se demande si ce rapport d'évaluation pourrait être compensé par le procès-verbal d'attribution qui est signé par quatre des cinq membres de ladite commission ;
- qu'il n'y a dans le rapport aucun document émanant de la commission de contrôle qui atteste que toute la procédure a été suivie et validée par ladite commission tel que l'exige l'article 56 alinéa 5 du code des marchés publics ;
- que sur le fond, le rapport ne fait pas état des spécifications techniques retenues ; que l'absence de ces spécifications dans le rapport d'évaluation ne permet pas de confronter ce qui est proposé et retenu à ce qui est effectivement demandé ;
- qu'il est incompréhensible de demander à un soumissionnaire, à titre de complément d'informations, de préciser les spécifications techniques d'un



processeur qui se trouve être l'élément le plus important de tout ordinateur ; que si un tel élément fait défaut dans une offre, celle-ci doit normalement être jugée non conforme ;

- qu'elle a l'impression que le NAS n'était pas contenu dans l'offre initiale du soumissionnaire retenu ; que pour preuve celui-ci en propose dans son complément d'information pas moins que dix (10) différents sans spécifier lequel il fournira au cas où l'offre sera retenue ;
- qu'il n'est nulle part fait mention dans le rapport d'évaluation que le soumissionnaire retenu a fourni l'autorisation du fabricant alors que cette pièce, qui est censée prouver l'originalité des produits, est requise par le dossier d'appel d'offres ;
- qu'au regard de tout ce qui précède, elle a l'impression que l'offre retenue ne l'a été que parce qu'elle est moins disante que la sienne ;
- qu'en sa qualité de professionnel dans ce domaine, elle peut affirmer que les coûts proposés par le soumissionnaire retenu sont anormalement bas ; que l'écart non négligeable qui existe entre son offre et celles des autres soumissionnaires l'atteste suffisamment ;
- qu'au vu de tout ce qui précède, elle pense que de sérieux doutes pèsent sur l'évaluation de ces offres quant à sa transparence et son équité ; qu'en conséquence, elle demande au Comité de bien vouloir annuler l'attribution provisoire du marché ;

LES MOTIFS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

L'autorité contractante a déclaré l'offre du soumissionnaire Planète COM conforme pour l'essentiel mais non moins disante ;

Dans son mémoire en réplique au recours de la société Planète COM, le Représentant de la personne responsable des marchés publics du ministère de la santé soutient :

- que le premier rapport d'évaluation des offres a été envoyé à la DNCMP le 28 février 2013 qui, après examen, a constaté que ledit rapport ne contenait pas les procès-verbaux d'ouverture des offres ;
- que par courrier n° 548/MEF/DNCMP/DAJ daté du 06 mars 2013, la DNCMP a réclamé de lui faire parvenir les originaux des offres et du dossier d'appel d'offres ;
- que lesdits documents lui ont été envoyés par courrier n° 0545/2013/MS/CAB/DGS/PAGRHSM daté du 14 mars 2013 ;



4

- qu'après examen des offres par rapport aux exigences du dossier d'appel d'offres, la DNCMP a, par courrier n° 0734/MEF/DNCMP/DAJ du 27 mars 2013, fait observer que l'évaluation n'a pas été objective ; qu'elle a en effet constaté que la commission d'évaluation a déclaré la société Planète COM attributaire provisoire alors que son offre comporte plusieurs insuffisances non relevées par le rapport ;
- qu'en revanche la commission d'évaluation a rejeté l'offre de la société STNT pour des raisons de spécifications techniques non retrouvées sur internet et d'absence de prospectus de certains matériels comme les clés USB, les disques durs, les antivirus alors que pour ces matériels les prospectus ne sont pas fondamentaux ;
- qu'en conséquence, la DNCMP a demandé de reprendre l'évaluation des offres ; qu'après reprise de l'évaluation, le nouveau rapport déclarant toujours la société Planète COM attributaire provisoire du marché a été transmis à la DNCMP par courrier n° 0728/2013/MS/CAB/PAGRHSM daté du 10 avril 2013 ;
- que ce nouveau rapport a jugé l'offre du soumissionnaire STNT non conforme pour l'essentiel aux motifs que l'ordinateur de bureau proposé ne se retrouve pas sur le site officiel de HP, le processeur mentionné ne figure pas dans la gamme des processeurs indiqués sur la fiche technique jointe et que les spécifications techniques demandées pour le NAS ont juste été copiées ;
- qu'après examen de ce rapport, la DNCMP a, par lettre n° 0956/MEF/DNCMP/DAJ, réitéré ses observations antérieures datées du 27 mars 2013 et a, en guise de preuve, joint à sa lettre un prospectus de l'ordinateur de bureau proposé par le soumissionnaire STNT qu'elle a téléchargé sur internet ; qu'ainsi, la DNCMP a de nouveau demandé de reprendre l'évaluation des offres ;
- qu'au regard du temps écoulé, le coordonnateur du Projet a dû envoyer le 30 avril 2013 la lettre n° 081/2013/MS/CAB/PAGRHSM aux sociétés soumissionnaires pour leur demander de bien vouloir proroger de 60 jours le délai de validité de leurs offres ;
- qu'au vu des divergences qui prévalaient entre la DNCMP et le ministère, elle a dû mettre en place le 13 mai 2013 une nouvelle commission ad hoc composée du président de la commission de passation des marchés publics et de trois techniciens en informatique pour évaluer les offres en tenant compte des observations de la DNCMP ;



- que cette nouvelle commission a rendu un rapport qui n'a pas été signé par l'un de ses membres pour les motifs joints à ce rapport ;
- que par lettre n° 1568/MEF/DNCMP/PRMP/CPMP daté du 07 juin 2013, la DNCMP a donné son avis de non objection sur ce nouveau rapport tout en recommandant que les critères de post qualification y soient mentionnés ;
- que suite à la prise en compte de ces observations de la DNCMP, celle-ci a donné son avis de non objection le 28 juin 2013 et a recommandé de poursuivre la suite de la procédure ;
- que le 16 juillet 2013, l'AfD qui est le bailleur du projet, a donné également son avis de non objection ;
- que concernant les observations de forme faites par la requérante, il pense que le travail de la commission a été effectué conformément aux principes fondamentaux de la commande publique et que ces observations ne sont pas valables ;

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur la conformité de l'offre du soumissionnaire STNT déclaré attributaire provisoire aux exigences du dossier d'appel d'offres.

EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

➤ Sur l'offre anormalement basse

Considérant que la requérante soutient que l'écart non négligeable en termes de coûts entre l'offre retenue et toutes les autres laissent apparaître que les prix proposés par l'attributaire retenu sont anormalement bas ;

Considérant qu'aux termes de l'article 64 du code des marchés publics, « la sous-commission d'analyse peut proposer à l'autorité contractante, le rejet des offres anormalement basses, sous réserve que les candidats aient été invités à présenter des justifications par écrit et que ces justifications ne soient pas jugées acceptables» ;

Qu'il résulte de cette disposition que la décision consistant à considérer une offre anormalement basse est de la compétence exclusive de l'autorité contractante ; qu'il s'ensuit qu'il n'appartient pas à un candidat de considérer l'offre proposée par son concurrent anormalement basse ; qu'ainsi, ce motif de la requérante ne saurait être retenu ;



➤ **Sur les spécifications techniques du modèle de processeur de l'ordinateur de bureau et du serveur NAS**

Considérant qu'aux termes du point 3 relatif au cahier des clauses techniques du dossier d'appel d'offres, les fournitures et/ou services courants que chaque candidat doit proposer devront être conformes aux spécifications techniques contenues dans un tableau ;

Considérant qu'il ressort de l'instruction, que dans son offre, le soumissionnaire STNT a bien rempli la colonne correspondante aux spécifications proposées qui permettent de les comparer aisément à celles sollicitées ; qu'il a proposé entre autres matériels, un ordinateur de bureau et un serveur et support de sauvegarde de deux téraoctets minimum, QNAP TS - 412 U dont les spécifications techniques sont contestées par la requérante ;

Considérant qu'au cours de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a demandé au soumissionnaire STNT des précisions sur l'ordinateur de bureau et le prospectus du serveur NAS ;

Considérant qu'il est de jurisprudence que l'autorité contractante a tout intérêt, au cours de l'évaluation des offres, à réclamer aux soumissionnaires la production de prospectus, sauf s'il est exigé dans le dossier d'appel d'offres sous peine de rejet de l'offre, ou toutes autres informations complémentaires ;

Que loin de modifier l'offre initiale, la production de prospectus après le dépôt des offres ne vise qu'à apporter des précisions voire confirmer les caractéristiques déjà décrites dans l'offre ;

Considérant que suivant certains fabricants, les différents modèles de matériels sont présentés sur un même prospectus avec leurs références respectives ; qu'il appartient à l'autorité contractante d'identifier le modèle proposé sur le prospectus ;

Considérant que les rapports d'une expertise effectuée au cours de l'instruction établissent que le processeur proposé par le soumissionnaire STNT, d'une génération plus récente, est bien compatible avec l'ordinateur de bureau HP Pro 3500 en ayant les mêmes vitesses et mémoire cache que le processeur demandé ;

Que s'agissant du serveur NAS dont les spécifications techniques sont indiquées dans le tableau inséré dans le dossier d'appel d'offres, il figure bel et bien parmi les différents modèles de serveurs décrits sur le prospectus produit par la société STNT au titre des informations complémentaires demandées ;



Que faisant usage de la latitude réservée à toute autorité contractante de tolérer certaines non-conformités non substantielles, celle-ci a déclaré, sans violer les clauses du dossier d'appel d'offres sur la conformité des offres, les spécifications techniques de l'offre de la société STNT conformes ; que c'est à tort que la requérante reproche à la société STNT d'avoir formulé de nouvelles propositions ;

➤ **Sur l'autorisation du fabricant**

Considérant que dans sa requête, la société Planète COM soulève que son concurrent STNT n'a pas produit dans son offre l'autorisation du fabricant requise dans le dossier d'appel d'offres pour prouver l'originalité des produits ;

Considérant que suivant la clause IC 18.1 (a) des données particulières de l'appel d'offres, il est exigé de tout candidat de produire à l'appui de son offre l'autorisation du fabricant ;

Qu'en application de cette clause, un examen de l'offre du soumissionnaire STNT révèle qu'elle comporte les documents ci-après désignés :

- Un certificat par lequel KASPERSKY Lab autorise la société STNT à revendre les logiciels KASPERSKY Lab ;
- Un certificat qui établit que la société STNT est un distributeur agréé pour le Togo des produits de Self Protec UPS France ;
- Un certificat qui atteste que la STNT est un partenaire de HP Preferred Partner ;
- Une autorisation du fabricant délivrée à la STNT par la société DEVEA France SAS par laquelle cette dernière atteste qu'elle est représentante réputée et grossiste officiel agréé de matériels HP et autorise la société STNT à présenter une offre pour la fourniture de matériels informatiques distribués par elle ;

Considérant qu'au cours de l'instruction, la société DEVEA France SAS a été contactée et a produit un document délivré à elle par la société HEWLETT-PACKARD EUROPE BV qui atteste qu'elle est distributrice de produits de marque HP dans plusieurs pays dont le Togo tout en précisant qu'elle n'est ni un agent, ni un représentant de HP ;

Considérant que dans le dossier d'appel d'offres, l'autorité contractante a mis à la disposition des candidats un modèle d'autorisation du fabricant sur lequel les mentions essentielles ci-après doivent figurer telles la raison sociale du fabricant, son domaine d'activités, l'autorisation qu'elle accorde aux candidats à soumissionner à la procédure de passation et surtout sa garantie pour les produits qu'il fabrique ;



Qu'à défaut d'utiliser le modèle d'autorisation du fabricant ci-dessus décrit, tout autre document pouvant être assimilé doit comporter lesdites mentions essentielles ;

Qu'à l'examen des documents sus-énumérés, il apparaît qu'aucun d'entre eux ne comporte ces mentions et particulièrement la garantie du fabricant pour ses produits ; que hormis la forme, tous ces documents sont loin d'être retenus comme des autorisations de fabricant exigées par le dossier d'appel d'offres ; que c'est à tort que la commission de passation des marchés publics a conclu que le soumissionnaire STNT a satisfait à l'exigence de la production de l'autorisation du fabricant ;

➤ **Sur le rapport d'évaluation des offres**

Considérant que la requérante soulève que le rapport d'évaluation n'est pas signé par les membres de la commission de passation des marchés ;

Considérant que le rapport d'évaluation des offres est un document interne présumé rédigé et signé par les membres de la commission de passation des marchés publics ;

Que l'examen du rapport d'évaluation des offres versé au dossier révèle que toutes les pages composant ledit rapport portent quatre paraphe distincts et la dernière page est signée par les membres de la commission de passation des marchés publics excepté un membre qui a émis des réserves motivant son refus de signer le rapport d'évaluation ;

Considérant que la requérante ne rapporte pas la preuve suivant laquelle le rapport d'évaluation n'est pas signé par les membres de la commission de passation des marchés publics ; qu'en face de la présomption qui joue en faveur de ces membres, le motif de la requérante fondé sur le défaut de signature du rapport d'évaluation par les membres de la commission de passation est sans aucun fondement et frise, à la limite, une affirmation gratuite et ne saurait être retenu ;

Considérant par ailleurs, que la requérante reproche à l'autorité contractante de n'avoir pas fait valider le rapport d'évaluation par la commission de contrôle des marchés publics ;

Considérant que suivant les seuils de contrôle, le montant prévisionnel du marché donne compétence à la Direction nationale du contrôle des marchés publics pour la validation du rapport d'évaluation ;



du marché ; qu'en tout état de cause, même après la validation du rapport d'évaluation par la commission de contrôle des marchés publics, il doit être soumis au contrôle de la direction nationale du contrôle des marchés publics qui a pour charge de donner son avis de non objection sur les résultats de l'évaluation des offres ;

Considérant qu'au regard de tout ce qui précède, il convient de déclarer la requête de la société Planète COM fondée ;

DECIDE :

- 1) Déclare le recours de la société Planète COM fondé ;
- 2) Ordonne l'annulation de l'attribution du marché susmentionné ;
- 3) Ordonne également la reprise de l'évaluation des offres en écartant les documents produits par le soumissionnaire STNT au titre d'autorisation du fabricant ;
- 4) Dit que la présente décision est immédiatement exécutoire nonobstant toutes autres voies de recours ;
- 5) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la société Planète COM, au ministère de la santé, à l'Agence française de développement (AFD) 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



Kuami Gaméli LODONOU



Abeyeta DJENDA

Le Directeur Général de l'ARMP
Rapporteur



Théophile Kossi René KAPOU