

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail - Liberté - Patrie



Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

**DECISION N° 034-2020/ARMP/CRD DU 16 JUILLET 2020
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE
CFAO MOTORS CONTESTANT LES RESULTATS PROVISOIRES DE
LA DEMANDE DE RENSEIGNEMENT DE PRIX N° 01B/PNPER/CN/2020
DU 19 MAI 2020 DU SECRETARIAT D'ETAT CHARGE DE L'INCLUSION
FINANCIERE ET DU SECTEUR INFORMEL RELATIVE A L'ACQUISITION
DE MOTOS TOUS TERRAINS AU PROFIT DES
INSTITUTIONS DE MICROFINANCE**

**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 YAM-N°386/NV/2020 datée du 02 juillet 2020 introduite par la société CFAO MOTORS SA et enregistrée le 03 juillet 2020 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 1349 ;

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, 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°1191/ARMP/DG/DRAJ du 06 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° 031-2020/ARMP/CRD du 08 juillet 2020, le comité de règlement des différends de l'ARMP a reçu le recours de la société CFAO MOTORS SA 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°032/2020/PR/SEIFSI/CAB/PRMP datée du 08 juillet 2020, reçue le même jour au secrétariat du CRD et enregistrée sous le numéro 1371, la Personne responsable des marchés publics du secrétariat d'Etat auprès de la Présidence de la République chargé de l'inclusion financière et du secteur informel a fait parvenir à l'ARMP la documentation ainsi réclamée.

LES FAITS

Le secrétariat d'Etat auprès de la Présidence de la République chargé de l'inclusion financière et du secteur informel, à travers le Projet de promotion de l'entrepreneuriat rural, a lancé le 19 mai 2020, sur financement du Fonds international de développement agricole (FIDA), la demande de renseignement de prix n° 01B/PNPER/CN/2020 relative à l'acquisition de motos tout terrain au profit des institutions de microfinance.

A la date limite de dépôt des offres initialement fixée au 03 juin et reportée au 10 juin 2020, la commission de passation des marchés publics du secrétariat d'Etat chargé de l'inclusion financière et du secteur informel a reçu et ouvert les offres présentées par deux (02) soumissionnaires, en l'occurrence, les sociétés CFAO MOTORS SA et GN TECHNOLOGY Sarl.

A l'issue de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a provisoirement attribué le marché à la société GN TECHNOLOGY Sarl pour un montant toutes taxes comprises de quarante-six millions huit cent quatorze mille neuf cent quatre-vingt-seize (46 814 996) francs CFA ;



Après les avis de non objection de la Commission de contrôle des marchés publics (CCMP) et du bailleur, donnés respectivement par lettre n° 028/PR/SEIFSI/PRMP/CCMP et courriel référencé FIDA n° 0006531/PNPER/7407 des 24 et 25 juin 2020 sur le rapport d'évaluation des offres, la Personne responsable des marchés publics du secrétariat d'Etat chargé de l'inclusion financière et du secteur informel a, par lettre n° 027/2020/PR/SEIFSI/PNPER du 26 juin 2020, informé la société CFAO MOTORS SA des résultats provisoires de la demande de renseignement de prix susmentionnée et corrélativement du rejet de son offre.

Non satisfaite, ladite société a, par lettre enregistrée le 03 juillet 2020, saisi le comité de règlement des différends pour contester le rejet de son offre pour la demande de renseignement de prix sus-indiquée.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

La société CFAO MOTORS SA conteste les résultats provisoires de la demande de renseignement de prix et soutient à l'appui de son recours :

- que les spécifications techniques demandées pour la fourniture des vingt-cinq (25) motos tout terrain objet du marché correspondent au modèle XTZ125E de la marque YAMAHA dont elle est, en sa qualité de concessionnaire exclusif, seule autorisée par le fabricant à assurer la distribution, les services après-vente et les garanties des produits au Togo ;
- qu'il est, par conséquent, impossible que la société GN TECHNOLOGY Sarl déclarée attributaire du marché ait pu fournir une autorisation du fabricant émise par le constructeur YAMAHA ;
- qu'en effet, il n'est pas rare de constater que certains soumissionnaires non-représentants exclusifs d'une marque, fournissent des documents émanant d'une source non reconnue par le fabricant et donc non valables ;
- qu'elle tient à attirer l'attention sur le fait que les motos que livrerait un soumissionnaire non-représentant exclusif de la marque YAMAHA ne pourront être garanties par le fabricant et elle, ce qui aurait pour conséquence de pénaliser les bénéficiaires ;
- qu'au regard de tout ce qui précède, elle s'estime être injustement écartée de l'attribution du marché et demande au Comité de règlement des différends de la rétablir dans ses droits.

LES MOYENS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

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

- qu'en la forme, la requérante a enfreint les dispositions réglementaires qui lui font obligation d'exercer un recours gracieux préalable auprès de la Personne responsable des marchés de l'autorité contractante avant de saisir le CRD en cas de décision défavorable ;



- qu'au fond, même si elle reconnaît que les spécifications techniques de la DRP équivalent à celles du modèle de la marque YAMAHA, elle tient à rappeler que l'année passée, une procédure d'appel à la concurrence a été lancée pour les mêmes types de motos à travers le projet PNPER, à laquelle la société CFAO avait participé et avait été déclarée attributaire, sans émettre aucune réserve relative à un quelconque droit d'exclusivité ;
- qu'elle s'étonne que pour la présente procédure, la requérante ait accepté le principe de la mise en concurrence qu'elle n'a pas contesté au lancement de la DRP à laquelle elle a participé, pour ne soulever son exception d'exclusivité qu'à l'étape d'attribution du marché où elle ne se retrouve pas attributaire ;
- que de toute évidence, la requérante exerce des manœuvres anticoncurrentielles pour obliger les autorités contractantes à ne procéder aux acquisitions de motos tout terrain que par entente directe avec elle ;
- qu'elle tient à rappeler au Comité que la requérante avait par le passé tenté la même manœuvre monopolistique au sujet de la marque YAMAHA à l'encontre de la société WESTAF AUTO ;
- que le marché objet de la présente procédure est attribué à la société GN TECHNOLOGY Sarl parce que ledit soumissionnaire répond aux exigences de la DRP ;
- que contrairement à l'argumentaire de la requérante, il n'existe pas de raison sérieuse de douter du respect des obligations de livraison, de garantie et de maintenance des engins souscrites par 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 CFAO MOTORS SA et d'ordonner la mainlevée de la mesure de suspension pour la poursuite du processus de passation du marché.

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur la revendication d'un droit exclusif de représentation d'une marque dans le cadre d'une procédure concurrentielle de demande de renseignement de prix.

AU FOND

Considérant que la demande de renseignement de prix (DRP) a pour objet la fourniture de vingt (25) motos tout terrain (TRAIL) ;

Qu'à la section V du dossier de renseignement des prix l'autorité contractante a défini les caractéristiques techniques des motos à fournir en laissant la latitude aux soumissionnaires de proposer le modèle, la marque et l'origine de leur choix ;



Considérant que les sociétés CFAO MOTORS SA et GN TECHNOLOGY, seuls candidats à avoir soumis des offres pour la DRP, ont toutes deux proposé de livrer des motos de marque YAMAHA et de modèle XTZ125E ;

Qu'à l'issue de l'évaluation, les deux soumissionnaires ont été évalués conformes à l'ensemble des critères de la DRP et la société GN TECHNOLOGY ayant soumis l'offre la moins disante a été déclarée attributaire provisoire ;

Considérant que la société CFAO MOTORS SA conteste ces résultats en mettant en cause l'aptitude de l'attributaire provisoire à fournir une autorisation du fabricant valable et des produits de marque YAMAHA émis ou reconnus par ce constructeur ;

Qu'à l'appui de ce grief, se prévalant de sa qualité de concessionnaire exclusif de la marque YAMAHA au Togo, la requérante a versé au dossier, copie du certificat d'exclusivité daté du 8 mars 2019, délivré par le Manager de la société YAMAHA MOTOR Co Ltd, attestant qu'il est le seul distributeur officiel des produits de ladite marque au Togo jusqu'au 31 décembre 2021 ;

Qu'en sus de ce certificat, la requérante a produit copie d'une attestation du même fabricant datée du 30 juin 2020 qui d'une part, confirme le statut de distributeur exclusif de CFAO MOTORS SA suivant l'accord de distribution conclu avec ladite société valable du 1^{er} janvier 2019 au 31 décembre 2021 et d'autre part, dénie à la société CHEER POWEER INDUSTRIAL, partenaire basée en Chine de l'attributaire provisoire GN TECHNOLOGY Sarl, tout pouvoir de délivrer des certificats ou autorisations de fabricant au nom de YAMAHA ;

Considérant que suivant l'article 3 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 de l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA) sur les pratiques commerciales anticoncurrentielles, « Sont incompatibles avec le Marché Commun et interdits, tous accords entre entreprises, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées entre entreprises, ayant pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur de l'Union, et notamment ceux qui consistent en :

- a) des accords limitant l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
- b) des répartitions des marchés ou des sources d'approvisionnement, en particulier des accords entre entreprises de production ou de distribution portant sur une protection territoriale absolue » ;

Considérant de plus qu'aux termes des dispositions de l'article 2 de la loi n° 2009-013 du 30 juin 2009 relative aux marchés publics et délégations de service public, les règles de passation des marchés publics reposent sur plusieurs principes fondamentaux dont ceux de la concurrence et de la liberté d'accès à la commande publique ;



Considérant qu'il est constant que les interdictions et règles posées par les dispositions communautaires et nationales sus-indiquées visent à proscrire les situations de monopoles et d'oligopoles et à promouvoir un marché concurrentiel et ouvert ;

Qu'en vertu de ces principes sus-énoncés, tous les candidats potentiels disposent du même droit de participer aux marchés publics et d'être déclarés attributaires sans qu'aucun privilège, ou droit d'exclusivité territorial ne puisse être reconnu à un soumissionnaire au détriment des autres ;

Considérant qu'à l'analyse, il est constant que la société CFAO MOTORS SA ne conteste pas la qualité de fabricant de motos de marque YAHAMA à la société CHEER POWEER INDUSTRIAL installée en Chine mais revendique plutôt l'exclusivité de commercialisation de ce produit sur le territoire géographique togolais ;

Que pour preuve, la société CHEER POWEER INDUSTRIAL installée en Chine a fourni à l'attributaire une autorisation par laquelle elle déclare être fabricant réputé de moto de marque YAMAHA ; que dès lors, il est incompréhensible qu'une société qui fabrique des motos ne puissent pas disposer du pouvoir de délivrer les autorisations de fabricant ;

Considérant qu'il importe de relever que le fait pour YAMAHA MOTOR CO, LTD de donner à CFAO Motors SA un droit d'exclusivité pour la distribution de ses produits sur le territoire togolais n'est qu'un accord contractuel qui engage les deux parties et ne saurait constituer un fondement juridique pour l'Etat togolais d'interdire à d'autres candidats aux appels à concurrence de proposer le même produit obtenu auprès d'autres constructeurs ;

Qu'ainsi, sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens soulevés par la société CFAO, il y a lieu de dire que le grief fondé sur son droit d'exclusivité pour commercialiser les produits de marque YAMAHA sur le territoire togolais ne saurait prospérer ; qu'il convient de déclarer son recours non fondé et d'ordonner la mainlevée de la mesure de suspension prononcée par décision n° 031-2020/ARMP/CRD du 08 juillet 2020.

DECIDE :

- 1) Déclare le recours de la société CFAO MOTORS SA non fondé ;
- 2) Ordonne, en conséquence, la mainlevée de la mesure de suspension prononcée par décision n° 031-2020/ARMP/CRD du 08 juillet 2020 ;

 6

- 3) Dit que la présente décision est immédiatement exécutoire nonobstant toutes voies de recours ;
- 4) Dit que le Directeur général par intérim de l'ARMP est chargé de notifier à la société CFAO MOTORS SA, au secrétariat d'Etat auprès de la Présidence de la République chargé de l'inclusion financière et du secteur informel, 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