

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail-Liberté-Patrie



AUTORITE DE REGULATION DE LA COMMANDE PUBLIQUE

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

**DECISION N° 045-2023/ARCOP/CRD DU 20 OCTOBRE 2023
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE TOGO
METAL ET BOIS (TMB) SA CONTESTANT LES RESULTATS PROVISOIRES
DE L'APPEL D'OFFRES OUVERT N° 001/UEMOA/AGETUR-TOGO/2023 DU
03 MAI 2023 DE L'AGENCE D'EXECUTION DES TRAVAUX URBAINS A HAUTE
INTENSITE DE MAIN D'ŒUVRE (AGETUR-TOGO) RELATIF A LA FOURNITURE
ET A LA LIVRAISON SUR SITE DU MOBILIER ET D'EQUIPEMENTS POUR
LE SIEGE DE LA CHAMBRE CONSULAIRE REGIONALE ET DE LA
REPRESENTATION DE LA COMMISSION DE L'UEMOA A LOME
(LOT N° 1)**

**LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN FORMATION
LITIGES,**

Vu la loi n° 2021-033 du 31 décembre 2021 relative aux marchés publics ;

Vu la loi n° 2021-034 du 31 décembre 2021 relative aux contrats de partenariat public-privé ;

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 le décret n° 2022-063/PR du 11 mai 2022 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

Vu le décret n° 2022-065/PR du 11 mai 2022 portant modalités de mise en œuvre des procédures de passation et d'exécution des contrats de partenariat public-privé ;

Vu le décret n° 2022-080/PR du 06 juillet 2022 portant code des marchés publics ;

Vu le décret n° 2023-054/PR du 28 juillet 2023 portant nomination d'un magistrat au Conseil de régulation de la commande publique de l'Autorité de régulation de la commande publique (ARCOP) ;

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 (ARCOP) ;

Vu la décision n° 002/2012/ARCOP/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 décision n° 001/2023/ARCOP/CR du 21 août 2023 modifiant 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 datée du 05 octobre 2023 introduite par la société Togo Métal et Bois (TMB) SA assistée de Maître Tiburce MONNOU, Avocat au Barreau National du Togo, et enregistrée le 06 octobre 2023 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 2065 ;

Sur le rapport du Directeur général par intérim de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

En présence de Madame Ayélé DATTI, Président, et de Messieurs Konaté APITA, Abeyeta DJENDA et Dindangue KOMINTE membres dudit Comité ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Adopte la présente décision portant sur le bien-fondé du recours.

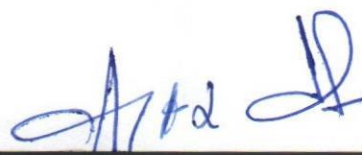
Par lettre n° 2804/ARCOP/DG/DRAJ du 06 octobre 2023, la direction générale de l'ARCOP a réclamé à la Personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante la documentation utile à l'instruction du dossier.

Par décision n° 042-2023/ARCOP/CRD du 17 octobre 2023, le Comité de règlement des différends de l'ARCOP a reçu le recours de la société Togo Métal et Bois (TMB) SA et a ordonné la suspension de l'appel d'offres sus-indiqué jusqu'au prononcé de la décision au fond.

Par lettre n° 339/DT/23 du 16 octobre 2023 reçue le même jour au secrétariat du CRD et enregistrée sous le numéro 2143, la Personne responsable des marchés publics de l'AGETUR Togo a fait parvenir à l'ARCOP la documentation ainsi réclamée.

LES FAITS

L'Agence d'exécution des travaux urbains à haute intensité de main d'œuvre (AGETUR-Togo) a lancé, le 03 mai 2023, l'appel d'offres ouvert n° 001/UEMOA/AGETUR-TOGO/2023 relatif à la fourniture et à la livraison sur site du mobilier et d'équipements pour le siège de la chambre consulaire régionale et de la représentation de la commission de l'UEMOA à Lomé.



Les fournitures sollicitées sont composées de trois (03) lots répartis comme suit :

- lot n° 1 : fourniture et installation du mobilier ;
- lot n° 2 : Equipements ;
- lot n° 3 : Fourniture et pose de rideaux.

A la date limite de dépôt des offres fixée au 02 juin 2023, la commission ad hoc d'ouverture des offres a reçu et ouvert les offres de dix (10) soumissionnaires dont la société TMB SA qui a présenté une offre pour le lot n° 1. A l'issue de l'évaluation des offres, la commission ad hoc d'analyse des offres a retenu attributaire provisoire du lot n° 1, l'entreprise FALMAR PROJECT pour un montant hors taxes et hors douane (HTHD) de trois cent quarante millions huit cent soixante-sept mille quatre cent quatre-vingt-douze (340 867 492) F CFA.

Après les avis de non-objection de la direction nationale du contrôle de la commande publique (DNCCP) et de l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA) donnés respectivement par lettres n° 2131/MEF/DNCCP/DDCI&DSCP du 05 juillet 2023, n° 2579/MEF/DNCCP/DDCI&DSCP du 04 août 2023 et n° 06208/PC/DSAF/DPS du 24 août 2023 sur le rapport d'évaluation des offres, la Personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante a publié les résultats provisoires dans le quotidien national TOGO PRESSE N° 11615 du 1^{er} septembre 2023 où la société TMB SA a pris connaissance desdits résultats et du rejet de son offre.

Par lettre référencée TMB/KY/WLB/2909/1 du 29 septembre 2023 adressée à la Personne responsable des marchés publics, la société TMB SA a contesté le rejet de son offre pour le lot 1 par un recours gracieux.

N'ayant pas reçu de réponse, ladite société a, par requête datée du 05 octobre 2023 saisi le Comité de règlement des différends pour contester les résultats provisoires du lot 1 de l'appel d'offres sus-indiqué.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

La société TMB SA conteste les résultats provisoires du lot 1 de l'appel d'offres susmentionné et soutient à l'appui de son recours :

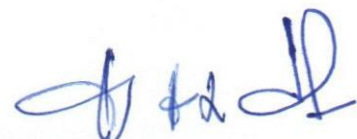
- que l'autorité contractante a manqué de lui notifier les résultats d'attribution provisoire de l'appel d'offres tel que prescrit par la réglementation en vigueur ;
- que le défaut de notification est une violation des dispositions de l'article 19 alinéa 4 de la loi n° 2021-033 relative aux marchés publics qui dispose que l'autorité contractante notifie à tout soumissionnaire écarté les motifs du rejet de son offre, le montant du marché attribué ainsi que le nom de l'attributaire retenu et observe un délai pour d'éventuels recours ;
- que suite à son interpellation, l'AGETUR-Togo a fini par lui notifier les résultats concernés le 28 septembre 2023 alors que ces résultats ont été publiés depuis le 30 août 2023 ;

- que l'analyse des résultats notifiés a permis de déceler des irrégularités dans le processus d'attribution ;
- que malgré que le DAO indique que les prix sont à libeller en toutes taxes comprises, il a été constaté que le prix du soumissionnaire retenu a été formulé en hors taxes et hors douanes, ce qui constitue une rupture du principe d'égalité de traitement des candidats d'autant plus que la société TMB SA s'est conformée aux prescriptions du DAO en formulant ses prix en TTC ;
- que son prix hors taxes et hors douanes étant largement en dessous du prix hors taxes et hors douanes de l'attributaire provisoire, elle devrait normalement être l'attributaire du marché ;
- que malgré le recours gracieux qu'elle a introduit pour contester la décision de l'autorité contractante, celle-ci n'a daigné donner suite alors qu'elle en est tenue suivant les dispositions de l'article 37 de la loi relative aux marchés publics ;
- qu'au regard de ce qui précède, elle s'estime avoir été lésée 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'elle reconnaît avoir omis de notifier les résultats à la société TMB mais que cette situation est due au fait que toutes les tentatives faites pour joindre ce soumissionnaire pour venir retirer les résultats ont été vaines ;
- que dès lors qu'elle a finalement pris connaissance des résultats dans le quotidien national TOGO PRESSE, une telle omission ne lui a causé aucun préjudice et ne saurait donc impacter la régularité du processus d'attribution ;
- que s'agissant du grief relatif à la nature fiscale du montant d'attribution que conteste la requérante, elle précise que seule la TVA qui est de 18% a été déduite du montant TTC de chaque offre pour en déterminer le montant hors taxes ;
- que par contre, il est impossible à l'autorité contractante de déterminer les frais de douane afférents à chaque offre pour trouver les prix hors taxes/hors douane d'autant plus que les frais de douane peuvent varier d'un soumissionnaire à un autre ;
- que pour mettre fin à toute polémique sur cette question, elle a décidé de faire appliquer la clause 14.3 des Instructions aux candidats du DAO qui exige que les offres soient libellées en TTC ;
- qu'ainsi, le rapport d'évaluation a été revu en comparant toutes les offres en toutes taxes comprises et ce rapport dressé était en phase d'être transmis à la DNCCP pour validation lorsque la société TMB SA a introduit un recours auprès du Comité de règlement des différends ;



- qu'au regard de ce qui précède, elle demande au Comité de règlement des différends de bien vouloir déclarer non fondé le recours de la société TMB SA et d'ordonner la mainlevée de la mesure de suspension prononcée par décision n° 042-2023/ARCOP/CRD du 17 octobre 2023.

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur la régularité de la décision de l'autorité contractante d'attribuer le marché en hors taxes et hors douane alors que le DAO prévoit une attribution en toutes taxes comprises.

EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

✓ *Sur la non notification des résultats provisoires*

Considérant que la société TMB SA reproche à l'autorité contractante d'avoir manqué de lui notifier les résultats d'attribution provisoire de l'appel d'offres tel que prescrit par la réglementation en vigueur ;

Considérant que l'autorité contractante reconnaît avoir omis effectivement de notifier les résultats à la société TMB mais soutient que cette situation est due au fait que toutes les tentatives faites pour joindre ce soumissionnaire pour l'inviter à venir retirer les résultats ont été vaines ;

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 95 alinéa 3 du code des marchés publics « l'autorité contractante doit communiquer par écrit à tout soumissionnaire écarté les motifs de rejet de son offre, le montant du marché attribué et le nom de l'attributaire » ;

Considérant qu'il résulte des dispositions précitées que le maître d'ouvrage a l'obligation de communiquer les résultats d'évaluation des offres par écrit aux soumissionnaires non attributaires en même temps qu'il les notifie à l'attributaire ; qu'il s'en induit qu'indépendamment de leur publication dans le quotidien national TOGO PRESSE, en omettant de communiquer les résultats à la requérante, l'autorité contractante a méconnu la réglementation en vigueur sur les marchés publics ;

Considérant toutefois qu'en dépit du manquement lié au non-respect de l'obligation de communiquer directement par écrit les résultats à la requérante, celle-ci en a effectivement pris connaissance par voie de publication et ses droits pour saisir le Comité de règlement des différends sont sauvegardés par la recevabilité de son recours ; qu'ainsi, il n'y a pas lieu de tirer conséquence de ce manquement ;

✓ *Sur la régularité du montant d'attribution*

Considérant que la société TMB SA reproche à l'autorité contractante d'avoir attribué le marché à l'entreprise FLAMAR PROJECT en hors taxes hors douane alors que le DAO prévoit une attribution en toutes taxes comprises avant d'ajouter

qu'une telle décision rompt le principe d'égalité de traitement des candidats d'autant plus qu'elle a formulé son prix en toutes taxes comprises (TTC) ;

Considérant qu'aux termes de la clause 14.3 des Instructions aux candidats de l'appel d'offres, le prix à indiquer sur la lettre de soumission de l'offre sera le prix TTC de l'offre ;

Considérant que l'examen des Données particulières de l'appel d'offres a permis de constater que l'autorité contractante n'a pas apporté de dérogation à cette clause ;

Qu'il est constant que dès lors que l'autorité contractante n'a pas entendu modifier la clause 14.3 des Données particulières de l'appel d'offres, l'évaluation des offres devra être conduite dans le respect de ladite disposition ;

Considérant que l'examen du procès-verbal d'attribution et du rapport d'évaluation des offres fait ressortir que l'autorité contractante a, après application d'un rabais de 8 % consenti, attribué le marché à l'entreprise FLAMAR PROJECT pour un montant de 340 867 492 F CFA hors taxes hors douane alors que cette dernière a soumis une offre en toutes taxes comprises de 391 762 544 F CFA ;

Que de plus, l'examen du bordereau des prix de l'entreprise FLAMAR PROJECT fait ressortir que le montant de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) a été omis avant la liquidation de la valeur TTC ; que la sous-commission devra veiller à corriger cette erreur de calcul qui rompt le principe d'égalité de traitement des candidats ou à défaut, elle devra déduire la TVA de l'offre financière des autres soumissionnaires afin de donner une même base de comparaison à toutes les offres ;

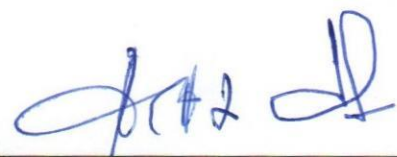
Considérant qu'en décidant d'attribuer le marché en hors douane hors taxes alors que le DAO prévoit la soumission des offres en TTC, l'autorité contractante ne s'est pas conformée aux dispositions des règles d'attribution qu'elle a elle-même fixées dans le DAO ;

Que même si le marché est exonéré des droits de douane et de la TVA, l'autorité contractante aurait dû se conformer aux dispositions du DAO en attribuant le marché en TTC quitte à prendre les dispositions pour permettre au titulaire de ne pas supporter les droits de douane et la TVA lors du règlement du marché ; que ce grief de la requérante est donc fondé ;

Qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu d'ordonner l'annulation des résultats provisoires et la reprise de l'évaluation des offres conformément aux dispositions du DAO en attribuant le marché en toutes taxes comprises.

DECIDE :

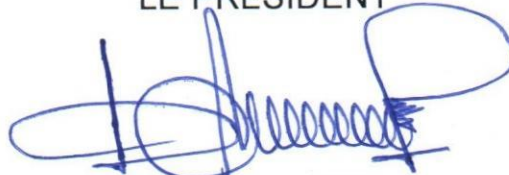
1. Déclare le recours de la société TMB SA fondé ;
2. Ordonne, en conséquence, l'annulation des résultats provisoires du lot n° 1 de l'appel d'offres susmentionné et la reprise de l'évaluation des offres relatives audit lot ;



3. Dit que la présente décision est immédiatement exécutoire nonobstant toutes voies de recours ;
4. Dit que le Directeur général par intérim de l'ARCOP est chargé de notifier à la société TMB SA, à l'Agence d'exécution des travaux urbains à haute intensité de main d'œuvre (AGETUR-Togo) ainsi qu'à la Direction nationale du contrôle de la commande publique (DNCCP), la présente décision qui sera publiée.

LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS (CRD)

LE PRESIDENT



Ayéélé DATTI

LES MEMBRES



Konaté APITA

Didanque KOMINTE



Abeyeta DJENDA