

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail-Liberté-Patrie



Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

**DECISION N° 071-2013/ARMP/CRD DU 11 JANVIER 2013
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DE TOGO TELECOM
CONTESTANT L'AVIS DEFAVORABLE DE LA DIRECTION NATIONALE
DU CONTROLE DES MARCHES PUBLICS DANS LE CADRE DE L' APPEL
D'OFFRES N° 002/TGT/DG/PRMP/DML DU 15 NOVEMBRE 2011 RELATIF
A L'ACQUISITION DE MATERIEL RESEAU ET OUTILLAGE**

**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 délégués de service public ;

Vu le décret n° 2009-277/PR du 11 novembre 2009 portant code des marchés publics et délégués 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 ;

[Handwritten signatures]

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 n° 1365 DG/TGT datée du 10 décembre 2012 de TOGO TELECOM et enregistrée le 11 décembre 2012 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 1794 ;

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

En présence de Madame Ayélé DATTI, Président, et de Messieurs Alexis Coffi AQUEREBURU, Abeyata DJENDA et Kuami Gaméli LODONOU, membres dudit Comité ;

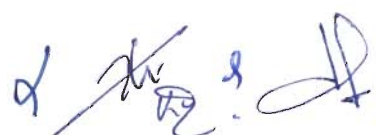
Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Adopte la présente décision fondée sur la recevabilité et la régularité du recours ;

Par lettre n° 1365/DG/TGT datée du 10 décembre 2012 et enregistrée le 11 décembre 2012 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 1794, TOGO TELECOM a introduit un recours en contestation du refus de la Direction nationale du contrôle des marchés publics de donner son avis de non objection sur le rapport d'évaluation des offres de l'appel d'offres n° 002/TGT/DG/PRMP/DML du 15 novembre 2011.

SUR LA RECEVABILITE

Considérant que l'article 8 du décret n° 2009-296/PR du 30 décembre 2009 modifié par le décret n° 2011-182/PR du 28 décembre 2011 portant missions, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics dispose que « l'ARMP est chargée de statuer sur les différends opposant les autorités contractantes et/ou les candidats et soumissionnaires et la direction nationale du contrôle des marchés publics nés à l'occasion de l'application de la réglementation relative à la passation des marchés publics et délégations de service public, ainsi qu'en matière de refus d'approbation du marché par l'autorité compétente » ;



Considérant que suivant l'article 19 alinéa 2 du décret n° 2009-295/PR du 30 décembre 2009 portant missions, attributions, organisation et fonctionnement de la direction nationale du contrôle des marchés publics, « En cas d'avis défavorable ou de rejet de la demande d'autorisation, l'autorité contractante peut saisir le Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics conformément à la réglementation en vigueur » ;

Considérant que par lettre n° 1365 DG/TGT datée du 10 décembre 2012, la personne responsable des marchés publics de TOGO TELECOM a saisi le CRD d'une requête enregistrée le 11 décembre 2012 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 1794 ;

Que ce recours n'étant soumis à aucun délai, il doit être déclaré recevable.

LES FAITS

Dans le cadre de l'amélioration de la qualité du service fourni à sa clientèle et en vue de maintenir la continuité de l'exploitation de ses activités, la société de télécommunication du Togo (TOGO TELECOM) a lancé l'appel d'offres international n° 002/2011/TGT/DG/PRMP/DML du 15 novembre 2011 pour la fourniture de matériel réseau et outillage.

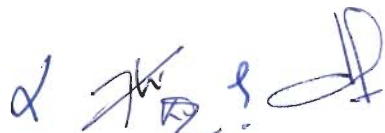
L'appel d'offres subdivisé en deux (02) lots concerne :

- Lot n° 1 : matériel réseau ;
- Lot n° 2 : outillage.

Par lettre n° 1469/MEF/DNCMP du 27 octobre 2011, la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) a donné son avis de non objection sur le dossier d'appel d'offres.

A la date limite de dépôt fixée au 30 décembre 2011, la Commission de passation des marchés publics (CPMP) de TOGO TELECOM a ouvert les offres présentées par six (06) soumissionnaires.

A l'exception de la société AFRIATECH Sarl qui a présenté ses offres (lots n° 1 et 2) en hors taxes, tous les autres soumissionnaires, notamment les sociétés IMET, GEKA TELECOM, ATT&T, STD et MRI ont présenté des offres en hors taxes et en toutes taxes comprises.


3

A l'issue de l'évaluation des offres, la Commission de passation des marchés publics de TOGO TELECOM a déclaré attributaire provisoire des deux (02) lots, la société STD pour :

- Lot n° 1 : fourniture de matériel réseau pour un montant de un milliard neuf cent soixante-dix-huit millions six cent cinquante-deux mille sept cent quarante-un virgule six cent soixante-neuf (1 978 652 741,669) FCFA toutes taxes comprises (taxes et douanes) ;
- Lot n° 2 : fourniture d'outillage pour un montant de deux cent quatre-vingt-six millions quatre-vingt-treize mille six cent un virgule cinq (286 093 601, 005) FCFA toutes taxes comprises (taxes et douanes).

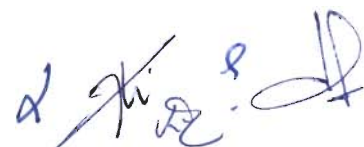
Le rapport a été envoyé par lettre n° 0733/TGT/DG/PRMP du 19 juin 2012 à la DNCMP pour validation. Pour lui permettre de se prononcer sur ledit rapport, la DNCMP a demandé à l'autorité contractante la mise à sa disposition des originaux des offres de tous les soumissionnaires.

Par lettre n° 1164/MEF/DNCMP/A du 11 juillet 2012 en réponse à la lettre n° 0757/TGT/PRMP du 27 juin 2012, la DNCMP a demandé à l'autorité contractante de solliciter auprès des sociétés GEKA TELECOM et IMET pour obtenir des compléments d'informations liés au montant TTC de leurs offres financières.

En réponse à la lettre N° 861/TGT/PRMP du 25 juillet 2012 transmettant la version corrigée et le refus de la société GEKA TELECOM de communiquer les informations complémentaires, la DNCMP a estimé qu'afin d'éviter toute contestation et recours, TOGO TELECOM devait demander à nouveau aux soumissionnaires d'indiquer clairement la hiérarchie de calcul de l'offre financière comme ci-après :

- prix de sortie d'usine,
- transport (terrestre et maritime),
- assurance,
- frais connexes.

Faisant suite aux réponses des soumissionnaires, TOGO TELECOM a soumis à la DNCMP la version corrigée du rapport d'évaluation. Dès réception dudit rapport, la DNCMP a eu deux (02) séances de travail les 11 octobre et 08 novembre 2012 afin d'harmoniser les points de vue.



Après ces séances de travail, un nouveau rapport corrigé a été transmis par lettre n° 1279/TGT/DG/PRMP du 21 novembre 2012 à la DNCMP pour avis de non objection.

Estimant qu'il persiste dans ledit rapport des erreurs de calcul et que l'autorité contractante n'a pris aucune disposition pour respecter la clause 23.1 du Cahier des Clauses Administratives Particulières (CCAP), la DNCMP a, par lettre N° 2280/MEF/DNCMP/A du 28 novembre 2012, constaté la durée de cinq (05) mois écoulés depuis l'ouverture jusqu'à l'attribution, et a demandé à l'autorité contractante de bien vouloir saisir le CRD pour décision, qu'elle n'est plus en mesure de se prononcer.

Par lettre n° 1365/DG/TGT du 10 décembre 2012, enregistrée le 11 décembre 2012, la société TOGO TELECOM a saisi le CRD aux fins de se prononcer sur le différend.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de son recours, la société TOGO TELECOM soutient :

- que malgré l'existence de la clause 23.1 du CCAP qui prescrit la livraison CIP magasins TOGO TELECOM, elle aurait à gagner en attribuant le marché toutes taxes comprises ;
- qu'une attribution en hors taxe/ hors douane l'oblige à payer d'un seul coup le montant des droits de douanes estimé à plus de cent vingt-six millions (126 000 000) FCFA pour le lot n° 2 alors qu'en toutes taxes comprises, ce lot reviendrait à société STD qui offre des modalités de paiement plus favorables (30% + 65% + 5%) ;
- qu'elle peut ainsi éviter les formalités et tracasseries douanières ;
- que le soumissionnaire STD propose un délai de quatre (04) semaines contre sept (07) à neuf (09) semaines pour le soumissionnaire GEKA TELECOM ; que cet avantage est significatif au regard de ses besoins en matériels à acquérir ;
- que face aux besoins de plus en plus croissants liés aux réparations des câbles endommagés ou vandalisés et aux extensions du réseau d'accès, elle a dû régulièrement en emprunter des quantités non négligeables auprès des autres opérateurs de la sous-région ;



- qu'au regard de tout ce qui précède, elle sollicite un dénouement heureux du dossier afin de lui permettre d'être compétitive sur le marché très concurrentiel des télécommunications.

LES MOTIFS DE LA DIRECTION NATIONALE DU CONTROLE DES MARCHES PUBLICS

Dans sa lettre n° 1361/MEF/DNCMP/A du 03 août 2012, la DNCMP soutient :

- que conformément à la législation douanière, les droits de douane s'appliquent sur la valeur des marchandises débarquées au cordon douanier, incluant les frais de transport maritime, terrestre, l'assurance, qu'ils s'appliquent sur la valeur CIP des marchandises et non sur la valeur des marchandises sorties d'usine ;
- que les montants retenus pour évaluer les soumissionnaires STD et GEKA TELECOM n'ont pas été obtenus sur une base de calcul identique ;
- que pour éviter tout recours, la requérante doit exiger des soumissionnaires non seulement le prix des marchandises débarquées au Port autonome de Lomé, mais aussi les prix de sortie d'usine, du transport (maritime et terrestre), de l'assurance et des frais connexes ;

Dans son mémoire en réponse aux recours transmis par lettre n° 2488/MEF/DNCMP/A du 31 décembre 2012, elle ajoute :

- que les informations complémentaires demandées par la requérante aux soumissionnaires sur le détail du montant TTC n'ont pas été obtenues sur une même base de calcul et ne permettent pas leur appréciation ;
- qu'à titre d'exemple, le détail du prix de l'offre du soumissionnaire GEKA TELECOM qui fait abstraction des droits de douanes conformément au DAO, mais inclut toutes les taxes, n'est pas identique à celui fourni par le soumissionnaire STD qui applique les droits de douane au montant Hors taxe /Hors douane avant de prendre en compte les frais de transport ;
- qu'en tenant compte de la durée d'environ cinq (05) mois écoulée dans la gestion du dossier, qu'elle a suggéré à la personne responsable des marchés publics de TOGO TELECOM de saisir le CRD pour décision.



OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur le régime fiscal et douanier de l'appel d'offres international n° 002/2011/TGT/DG/PRMP/DML du 15 novembre 2011 lancé par la société TOGO TELECOM.

EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

Considérant que suivant l'article 3 du décret n° 2009-295/PR du 30 décembre 2009 portant missions, attributions, organisation et fonctionnement de la direction nationale du contrôle des marchés publics, la DNCMP émet un avis de non objection sur le rapport d'évaluation comparative des propositions et le rapport d'attribution provisoire du marché validé par la commission de contrôle des marchés publics ;

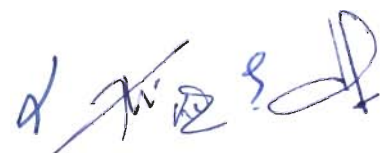
Considérant que suite à l'évaluation des offres, TOGO TELECOM a transmis à la DNCMP ledit rapport d'évaluation afin de solliciter son avis de non objection ;

Considérant qu'en réponse, la DNCMP a instruit la personne responsable des marchés publics de réclamer à tous les soumissionnaires le montant de leurs offres en toutes taxes comprises ;

Considérant qu'aux termes de l'article 97 du code des marchés publics, « le prix du marché rémunère le titulaire du marché. Il est réputé lui assurer un bénéfice et couvrir toutes les dépenses qui sont la conséquence nécessaire et directe des travaux, fournitures ou services, et notamment les impôts, droits et taxes applicables sauf lorsqu'ils sont exclus du prix du marché en vertu des termes de commerce retenu » ;

Considérant que la clause 23.1 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) stipule que la livraison des fournitures s'effectue CIP magasins de TOGO TELECOM ;

Considérant qu'en application de cet incoterm, le vendeur choisit le mode de transport, paye le frêt pour le transport et dédouane la marchandise à l'exportation, il fournit une assurance contre le risque de dommage ou de perte pouvant survenir au cours du transport tandis que l'acheteur supporte les frais de dédouanement de la marchandise à l'importation ;



Considérant cependant qu'existe dans le même dossier d'appel d'offres la clause 14.3 des instructions aux candidats qui stipule que le prix à indiquer sur la lettre de soumission de l'offre sera le prix toutes taxes comprises de l'offre ;

Considérant de plus que suivant le point c du formulaire de lettre de soumission de l'offre mis à la disposition des candidats et soumissionnaires par l'autorité contractante, le prix total de l'offre est le prix TTC de l'offre en lettres et en chiffres ;

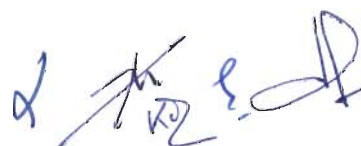
Considérant en outre que sur le bordereau des prix unitaires et du devis quantitatif et estimatif figurant dans le dossier d'appel d'offres, il est demandé aux candidats et soumissionnaires de le renseigner aussi bien en prix hors taxes qu'en prix toutes taxes comprises ;

Considérant que par ailleurs, à la clause IC 14.6 (a) des données particulières de l'appel d'offres et au point 1 relatif à la liste des fournitures et calendrier de livraison de la section IV Bordereau des quantités, calendrier de livraison, cahier des clauses techniques, plans, inspections et essais, il est indiqué que le site ou la destination finale de livraison est : « les magasins de TOGO TELECOM »;

Considérant que hormis la clause 23.1 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) relative à la livraison CIP magasin, toutes les autres clauses contenues dans le DAO précisent que les offres doivent être exprimées en toutes taxes comprises ;

Considérant s'il est vrai que les clauses précitées du dossier d'appel d'offres sont, par endroits, incohérentes, voire contradictoires dans un même dossier d'appel d'offres, il n'en demeure pas moins que tous les soumissionnaires excepté la société AFRIATECH, ont fourni des offres aussi bien en hors taxes qu'en toutes taxes comprises ;

Que cette démarche des soumissionnaires laisse présumer qu'ils se sont rendus compte que la présence de l'incoterm CIP dans le dossier d'appel d'offres aux cotés de nombreuses clauses leur indiquant de présenter des offres en toutes taxes comprises ne peut qu'être une erreur matérielle susceptible d'être corrigée ;



Que mieux, conformément à la clause 16.1 du cahier des clauses administratives particulières qui stipule que « le titulaire du marché sera entièrement responsable de tous les impôts, droits et taxes », les soumissionnaires ne peuvent légitimement que proposer des offres en toutes taxes comprises ;

Considérant que lors du processus d'examen du rapport d'évaluation des offres par la direction nationale du contrôle des marchés publics, celle-ci a, par lettre n° 2280/MEF/DNCMP/A recommandé à l'autorité contractante d'adresser une correspondance à tous les soumissionnaires pour leur réclamer la structure des prix ouvrant ainsi la voie vers une comparaison des offres en toutes taxes comprises ;

Que contre toute attente, en recommandant finalement à l'autorité contractante de procéder à l'évaluation des offres en hors taxes, la DNCMP semble instaurer la primauté de la clause 23.1 du CCAP prévoyant les prix hors taxes sur les autres clauses ;

Considérant que lors du processus d'évaluation des offres, le soumissionnaire qui a présenté son offre financière en hors taxes, hors douane a été techniquement disqualifié ; que partant, les offres de tous les autres soumissionnaires restés en lice ont été exprimées en toutes taxes comprises ;

Considérant que tout appel à concurrence doit prendre en compte les principes de la commande publique, notamment ceux de l'économie et de l'efficacité ;

Que loin de vouloir écarter, lors de l'évaluation des offres, les clauses édictées dans le dossier d'appel d'offres, les propositions d'attribution du marché doivent être guidées par le souci d'économie sans pour autant rompre le principe d'égalité de traitement des candidats ;

Qu'ainsi, dès lors que les offres des soumissionnaires techniquement qualifiés sont présentées en toutes taxes comprises pour être comparées sur une base égalitaire, l'autorité contractante n'a pas violé les clauses qu'elle a insérées dans son dossier d'appel d'offres ;

Qu'au regard de tout ce qui précède, il convient de dire que c'est à tort que la DNCMP a refusé de donner son avis de non objection.



DECIDE :

- 1) Déclare le recours de TOGO TELECOM recevable ;
- 2) Dit que l'évaluation des offres doit se faire sur la base des offres en toutes taxes comprises ;
- 3) Ordonne à la DNCMP de donner son avis de non objection sur le rapport d'évaluation des offres proposées en toutes taxes comprises ;
- 4) Dit que la présente décision est immédiatement exécutoire nonobstant toutes voies de recours ;
- 5) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la Société des Télécommunications du Togo (TOGO TELECOM) et 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



Alexis Coffi AQUEREBURU



Abeyeta DJENDA



Kuami Gaméli LODONOU

Le Directeur Général de l'ARMP
Rapporteur



Théophile Kossi René KAPOU