

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail-Liberté-Patrie



Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

**DECISION N° 100-2013/ARMP/CRD DU 19 MARS 2013
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE
VIRTUOSE TECH & TRADE CONTESTANT LES RESULTATS PROVISOIRES
DE L'APPEL D'OFFRES N° 001/2012/EDITOGO/INTRANTS/PAPIERS
DU 24 DECEMBRE 2012 DE LA SOCIETE NATIONALE DES EDITIONS
DU TOGO (EDITOGO) SA POUR LA FOURNITURE
DE PAPIER D'IMPRIMERIE**

**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) ;

Sur le rapport du Directeur des statistiques et de la documentation assurant l'intérim 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° 094-2013/ARMP/CRD du 14 mars 2013, le Comité de règlement des différends de l'ARMP a reçu le recours de la société VIRTUOSE TECH & TRADE en contestation des résultats provisoires et a ordonné la suspension de la procédure d'appel d'offres ouvert sus- indiqué jusqu'au prononcé de la décision au fond.

Par lettre référencée n° 0800/ARMP/DG/CJ datée du 08 mars 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 référencée N° 052/2013/DG non datée reçu le même jour au secrétariat du CRD et enregistrée sous le numéro 0544, la société nationale des éditions du Togo (EDITOGO) a fait parvenir au CRD les documents relatifs à l'instruction du recours.

LES FAITS

La société nationale des éditions du Togo (EDITOGO) a lancé l'appel d'offres n° 001/2012/EDITOGO/INTRANTS/PAPIERS pour la fourniture de papiers d'imprimerie.

Après l'avis de non objection de la direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) donné par lettre n° 2439/MEF/DNCMP/Fa du 21 décembre 2012, un avis d'appel d'offres a été publié le 24 décembre 2012 dans le quotidien national TOGO-PRESSE. Cet appel d'offres est subdivisé en quatre (04) lots :

- lot n° 1 : papier offset blanc sans bois 60 grammes pour la production des cahiers scolaires ;
- lot n° 2 : papier offset blancs sans bois 80 grammes pour travaux de ville ;

- lot N° 3 : papier journal 48,8 grammes/m² ;
- Lot n° 4
 - a. Papier couche blanc deux faces 210 grammes pour travaux de ville ;
 - b. Papier couche blanc deux faces 250 grammes pour travaux de ville ;
 - c. Papier couche blanc deux faces 135 grammes pour travaux de ville ;
 - d. Cartons 2 mm gris pour les calendriers et autres travaux de ville.
 - e. Papiers dossiers 250 g bleu, vert, jaune, rose et bulle pour les travaux de ville

Suite à la prorogation du délai de dépôt des offres, la commission de passation des marchés publics de la société nationale des éditions du Togo (EDITOGO), a procédé, le 28 janvier 2013, à l'ouverture des offres de deux soumissionnaires : MAVANE SA et VIRTUOSE TECH&TRADE.

L'évaluation des offres desdits soumissionnaires a permis à la commission de passation des marchés publics de la société nationale des éditions du Togo (EDITOGO) SA de déclarer attributaire provisoire du marché la société MAVANE SA pour un montant global de 249 214 464 FCFA Hors taxes hors douanes.

Après avis de non objection N° 0396/MEF/DNCMP/DAF du 19 février 2013 de la DNCMP validant l'attribution provisoire du marché à la société MAVANE SA, la personne responsable des marchés publics (PRMP) de la société nationale des éditions du Togo (EDITOGO) SA a, par lettre n° 041/2013/DG du 20 février 2013, notifié les résultats à tous les soumissionnaires y compris la société VIRTUOSE TECH&TRADE.

Non satisfaite desdits résultats, cette dernière a, par lettre référencée 001/SIE/VTT/2013 du 21 février 2013 reçue le 26 février 2013, exercé un recours gracieux auprès de la personne responsable des marchés publics de la société nationale des éditions du Togo (EDITOGO) SA.

En réponse audit recours, la Personne Responsable des Marchés Publics de la société nationale des éditions du Togo (EDITOGO) SA a, par lettre n° 043/2013/DG du 27 février 2013, rejeté les prétentions de la société VIRTUOSE TECH&TRADE.

Par lettre référencée 012/SIE/VTT/2013 datée du 04 mars 2013 et enregistrée le 05 mars 2013 au secrétariat du Comité de règlement des différends sous le n°0510, la société VIRTUOSE TECH&TRADE a saisi le CRD pour contester les résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné.

 3

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A L'appui de son recours, la société VIRTUOSE TECH&TRADE soutient :

- qu'aucun procès-verbal d'ouverture n'a été présenté à ses représentants à la fin de la séance d'ouverture des offres ;
- que deux jours après l'ouverture des offres, elle a été appelée pour signer le procès-verbal d'ouverture ; que ses collaborateurs ont noté le caractère biaisé de Procès-verbal qui fait apparaître des éléments censés ne pas y figurer ;
- qu'à la suite de son courrier n° 006/SIE/VTT/2013 du 1^{er} février 2013, l'autorité contractante lui a adressé un nouveau procès-verbal corrigé ;
- qu'au lieu que la commission de passation des marchés publics de l'autorité contractante reste disponible pour la poursuite du processus, elle l'invite dans la lettre de notification des résultats, à s'apprêter sérieusement pour les prochaines opportunités d'achats de papier dès le mois de septembre ;
- que le rapport d'évaluation a déclaré son offre conforme pour l'essentiel, mais l'a rejeté sur la base de l'évaluation des prix hors douanes/hors taxes ;
- qu'au lieu de lui prouver que « le magasin général de la société nationale des éditions du Togo (EDITOGO) SA » se trouve hors douanes ou qu'il est juste d'évaluer les offres des deux sociétés, une nationale soumise à des taxes fiscales et parafiscales, et l'autre étrangère exempte de toutes taxes, l'autorité contractante s'est prêtée à des affirmations sans preuve et à des intimidations ;
- que l'autorité contractante parle de conflits d'intérêt sans en apporter la preuve ;
- qu'elle remplit deux conditions essentielles pour la réussite de cette opération d'achat /vente, notamment être un bon fournisseur et disposer de capacité financière, que la première est satisfaite par son partenariat avec VITAL SOLUTIONS PTE LTD, une société très connue de l'autorité contractante, et la deuxième par une caution de plus de huit millions délivrée par sa banque ;
- qu'en définitive, la personne responsable des marchés publics et ses commissions étant dans l'incapacité de lui prouver la justesse du critère d'évaluation des offres financières et de lui convaincre sur l'équité des résultats proclamés, elle se soumet à la décision du comité.

Key of [Signature] *[Signature]* *[Signature]*

LES MOTIFS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

Pour rejeter le recours de la société VIRTUOSE TECH&TRADE comme non fondé, l'autorité contractante soutient :

- que l'offre de la requérante, bien que conforme pour l'essentiel, n'est pas la moins disante ;
- que la société VIRTUOSE TECH&TRADE est dans une situation de conflit d'intérêt conformément à la clause 4 des instructions aux soumissionnaires ;
- que l'épouse du directeur de la société VIRTUOSE TECH&TRADE est secrétaire particulière de la direction générale de la société nationale des éditions du Togo (EDITOGO) SA et s'est fortement impliquée dans le processus de passation du marché ;
- que l'intéressée a été associée au mécanisme de transfert de la propriété du dossier d'appel d'offres utilisé par la requérante pour préparer sa soumission, alors que le dossier d'appel d'offres était initialement acquis par VITAL SOLUTIONS PTE LTD ;
- que le comportement de la requérante lors du processus d'évaluation des offres et après la communication des résultats provisoires qui visait à influencer l'autorité contractante est de nature à entraîner le rejet de l'offre de la requérante en application de la clause 27 des Instructions aux Candidats ;
- que la réaction par lettre n° 006/SIE/VTT/2013 du 1^{er} février 2013 de la requérante alors que le processus d'évaluation était en cours, les menaces par appels téléphoniques à l'endroit du directeur commercial de même que les déplacements dans les locaux de la société nationale des éditions du Togo (EDITOGO) en l'absence de tout écrit au titre du processus d'évaluation des offres et d'attribution du marché ;
- qu'il a été constaté que les deux offres réceptionnées comportaient chacune des insuffisances par rapport aux exigences du dossier d'appel d'offres ;
- que les deux soumissionnaires n'ont pas fourni certaines preuves de qualifications, notamment la déclaration appropriée d'une banque qu'ils disposent d'une disponibilité financière égale au moins à leurs offres et la preuve de l'exécution d'un marché similaire ;



- que la société MAVANE SA est l'un des fournisseurs de la société EDITOGO depuis 30 ans alors que la requérante n'a jamais livré ces fournitures à la société nationale des éditions du Togo (EDITOGO) SA ;
- que bien que le dossier d'appel d'offres ait exigé de présenter le montant de l'offre en toutes taxes comprises, le soumissionnaire MAVANE SA a présenté son offre Hors taxes/hors douanes ;
- que pour comparer les offres sur une même base, elle a opté de comparer les offres des deux soumissionnaires hors taxes / hors douanes ;
- que cette option se justifie d'une part, par le souci de clôturer le processus d'attribution dans les plus brefs délais ;
- que d'autre part, une attribution hors taxe/hors douane permettra à l'autorité contractante de bénéficier de certaines exonérations fiscales qui lui sont accordés par les textes lors du paiement des taxes et droits de douanes, que cette opération implique la livraison des fournitures au port autonome de Lomé et permettra de refuser, à l'entrée sur le territoire national, de fourniture non conforme à l'offre de l'attributaire ;
- qu'en somme, aucune offre des deux soumissionnaires n'est strictement conforme au dossier d'appel d'offres et que la société nationale des éditions du Togo (EDITOGO) SA a fait preuve de souplesse à différents niveaux pour les accepter ;
- que la société nationale des éditions du Togo (EDITOGO) SA réalise une économie de 28 404 736 francs CFA en attribuant le marché hors taxes / hors douanes à la société MAVANE SA

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur la régularité de l'attribution du marché au soumissionnaire MAVANE SA.

EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

Considérant qu'aux termes de la clause 14.6(a) des instructions aux candidats, « pour les fournitures : les prix des fournitures DDP rendu droits acquittés (lieu de destination convenu spécifié dans les DPAO) y compris tous les droits, taxes sur les ventes ou autres déjà payés ou à payer » ;



Considérant que suivant la clause IC 14.6 (a) des données particulières de l'appel d'offres, le lieu de destination ou d'exécution de la prestation de service est : Magasin Général de la société nationale des éditions du Togo (EDITOGO) SA ;

Considérant que suivant le point c du formulaire de la lettre de soumission mis à la disposition des soumissionnaires, le prix total de l'offre doit être indiqué en toutes taxes comprises en chiffres et en lettres ;

Considérant que dans leurs lettres de soumission, la société MAVANE SA a indiqué le montant des offres des quatre lots pour lesquels elle a soumissionné exclusivement en hors taxes, hors douanes tandis que la société VIRTUOSE TECH & TRADE a proposé ses prix aussi bien en hors taxes, hors douane qu'en toutes taxes comprises ;

Considérant que selon la clause IC 33.2, « pour évaluer une offre, l'autorité contractante n'utilisera que les critères et méthodes définis dans la présente clause à l'exclusion de tous autres critères et méthodes » ;

Considérant que sur les critères de qualification exigés pour l'évaluation des offres, les offres des soumissionnaires MAVANE SA et VIRTUOSE TECH & TRADE sont déclarées conformes pour l'essentiel et acceptables pour leur examen détaillé ;

Considérant que dans son rapport d'évaluation, face au constat précédemment fait et selon lequel un des deux soumissionnaires n'a pas présenté ses offres en toutes taxes comprises, la commission de passation a décidé d'utiliser les prix hors taxes et hors douane pour comparer leurs offres ;

Considérant que cette démarche se comprendrait si seulement les différentes clauses suscitées n'avait pas exigé des soumissionnaires de présenter les montants de leurs offres en toutes taxes comprises ;

Considérant de même qu'en raison du lieu de destination des fournitures qui se trouve être le magasin de l'autorité contractante et de l'incoterm DDP ;

Considérant que suivant cet incoterm, le vendeur a à sa charge tous les couts de transport et d'assurance des biens jusqu'à destination. Il a aussi à sa charge les formalités d'importation dans le pays de destination, ce qui inclut les formalités administratives, le paiement des droits de douane, des taxes et autres charges ;

Considérant que dans son rapport d'évaluation, l'autorité contractante estime qu'elle réaliserait une économie de 28.404.736 francs CFA en attribuant le marché hors taxes, hors douanes à la société MAVANE SA ;

 7

Que pour justifier cette position, elle estime qu'elle dispose d'une logistique vieille de plus de 50 ans qui lui permettra d'accomplir les formalités de dédouanement de bénéficier de certaines exonérations fiscales qui lui sont accordées par les textes ;

Considérant que l'autorité contractante qui n'ignore pas qu'elle dispose d'une telle logistique ou facilité ne devrait pas se permettre d'insérer dans le dossier d'appel d'offres l'incoterm DDP ; qu'elle aurait dû utiliser l'incoterm approprié qui lui permettra d'accomplir les formalités de dédouanement et de payer les taxes afférentes ; qu'en ayant indiqué l'incoterm DDP, les soumissionnaires sont tenues, de s'y conformer en proposant des prix toutes taxes comprises ;

Qu'en décidant au cours de l'évaluation des offres de comparer celles-ci en hors taxes, hors douanes alors que les prix des soumissionnaires sont censés être en toutes taxes comprises (TTC), la société nationale des éditions du Togo a fait application d'un critère d'évaluation autre que celui décrit dans le dossier d'appel d'offres ;

Considérant par ailleurs que le fait pour l'autorité contractante d'affirmer dans sa lettre référencée 043/2013/DG datée du 27 février 2013 en réponse au recours gracieux introduit par le Directeur général de la société VIRTUOSE TECH & TRADE que son épouse est en service à la société nationale des éditions du Togo (EDITOGO) SA et que, par conséquent, il y a conflit d'intérêt alors qu'il n'est pas établi qu'elle est intervenue dans le processus d'évaluation des offres pour qu'il y ait conflit d'intérêt tel que prévu par les dispositions du code des marchés publics ;

Considérant que suivant la clause IC 5.1 des données particulières de l'appel d'offres, le candidat doit fournir la preuve qu'il satisfait aux exigences ci-après : Avoir un chiffre d'affaires moyen sur les cinq (5) dernières années égal au moins à la moitié (0,5) de son offre financière

- Produire une déclaration appropriée d'une banque attestant que le soumissionnaire a une disponibilité financière égale au moins à son offre financière
- Avoir exécuté avec satisfaction au moins deux (2) marchés similaires au cours des cinq dernières années

Considérant que dans son rapport d'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a constaté que sur l'essentiel des critères de qualification exigés sus-énumérés, aucun des deux soumissionnaires ne les remplit bien que l'autorité contractante consigne dans ledit rapport que la société MAVANE SA est un fournisseur habituel de papiers à la société nationale des éditions du Togo (EDITOGO) SA ; que logiquement, à cette étape de la procédure, ils devraient être éliminés ; qu'en décidant de poursuivre le processus d'évaluation en dépit de ces insuffisances notoires,

 8

l'autorité contractante a méconnu les critères d'évaluation des offres qu'elle s'est fixés ;

Qu'au regard de tout ce qui précède, il convient de dire que le recours de la société VIRTUOSE TECH & TRADE est justifié et d'ordonner l'annulation des résultats de l'évaluation et de l'appel d'offres dont s'agit ;

DECIDE :

- 1) Déclare le recours de la société VIRTUOSE TECH & TRADE fondé ;
- 2) Ordonne l'annulation des résultats de l'appel d'offres susmentionné ;
- 3) Ordonne également la reprise de la procédure de passation de l'appel d'offres susmentionné ;
- 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 VIRTUOSE TECH & TRADE, à la société nationale des éditions du Togo (EDITOGO) SA, 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



Abeyeta DJENDA



Kuami Gaméli LODONOU

Pour le Directeur général absent
Le Directeur des statistiques et de
la documentation
Rapporteur



Mahassime AYELIM