



**DECISION N° 044/19/ARMP/CRD/DEF DU 13 MARS 2019
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DU GROUPEMENT EGIS EAU/SACI
CONTESTANT L'ATTRIBUTION PROVISoire DU MARCHÉ LANCE PAR L'OFFICE
NATIONAL DE L'ASSAINISSEMENT DU SENEGAL (ONAS) POUR LE CONTRÔLE ET
LA SUPERVISION DES TRAVAUX DE REALISATION DE RESEAUX ET DE STATIONS
DANS LE CADRE DU PROJET DE DEPOLLUTION DE LA BAIE DE HANN.**

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

VU la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, modifiée par la loi n° 2006-16 du 30 juin 2006 ;

VU le décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP), notamment en ses articles 20 et 21 ;

VU le décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014 portant Code des Marchés publics ;

VU le décret n° 2017-527 du 11 avril 2017 portant nomination des membres du Conseil de Régulation (CR) de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP), modifié par le décret n° 2018-802 du 30 avril 2018 ;

VU la décision n° 0005/ARMP/CRMP du 20 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

VU la résolution n°09-12 du 13 décembre 2012 instituant le versement d'une consignation pour la saisine du Comité de Règlement des Différends ;

VU la résolution n° 04-17 du 20 avril 2017 portant nomination des membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) de l'ARMP ;

VU le recours de la société EGIS EAU du 04 février 2019 ;

VU la quittance de consignation n°100012019000000272 du 04 février 2019 ;

Monsieur Ousseynou CISSE, entendu en son rapport ;

En présence de monsieur Oumar SAKHO, Président ; de messieurs Alioune Badara FALL, Abdourahmane NDOYE et Ibrahima SAMBE, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De monsieur Saër NIANG, Directeur général de l'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD, assisté par ses collaborateurs, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi et aux principes généraux de la régulation ;

Adopte la présente décision :

Par lettre enregistrée à l'ARMP le 04 février 2019, la société EGIS EAU a saisi le Comité de Règlement des Différends (CRD) pour contester l'attribution provisoire du marché relatif au contrôle et à la supervision des travaux de réalisation de réseaux et de stations dans le cadre du projet de dépollution de la baie de Hann, lancé par l'Office national de l'Assainissement du Sénégal (ONAS).

LES FAITS

L'ONAS a obtenu un financement de l'Agence Française de Développement (AFD) et de la Banque Européenne d'Investissements (BEI) dans le cadre du projet de dépollution de la Baie de Hann.

Pour le contrôle et la supervision des travaux de réalisation de réseaux et de stations, l'ONAS a fait publier un avis d'appel public à manifestation d'intérêt, dans la parution du journal « Le Soleil » du 14 août 2018.

Au terme de l'évaluation des dossiers de candidatures, l'ONAS a arrêté une liste restreinte de huit (08) cabinets ou groupements de cabinets. Ces derniers ont reçu la Demande de Propositions et la lettre d'invitation afin de présenter une proposition technique et une proposition financière.

A la date limite de dépôt des propositions, le 15 mai 2018, la commission des marchés de l'ONAS a procédé à l'ouverture des offres techniques des candidats ci-après :

- HYDROPLAN ;
- Groupement MERLIN/MERLIN Afrique de l'Ouest ;
- Groupement EGIS/SACI.

L'évaluation des propositions techniques a donné les résultats suivants :

- 1^{er} : Groupement EGIS/SACI 90,5 points/100 ;
- 2^e : Groupement Cabinet MERLIN/MERLIN Afrique de l'Ouest 87,5 points/100 ;
- 3^e : HYDROPLAN 64,50 points/100.

A la suite de l'avis de non objection de la Direction centrale des Marchés publics (DCMP) sur les résultats issus de l'évaluation des propositions techniques, la commission des marchés de l'ONAS a procédé à l'ouverture des propositions financières des deux (2) groupements ayant obtenu la note technique minimale requise. Le procès-verbal du 31 juillet 2018, versé au dossier, mentionne les montants ci-après :

N° pli	Nom du soumissionnaire	Note technique/100	Montants des offres financières lues publiquement
2	Groupement Merlin /Cabinet Merlin Afrique de l'Ouest	87,50	1 474 313 euros HT et 265 377 euros impôts direct estimé 507 083 620 FCFA HT et 91 275 052 F CFA impôts direct estimé
3	Groupement EGIS/SACI	90,5	2 407 061 euros HT et 1 219 197 euros impôts direct estimé 1 583 592 763 FCFA HT et 802 103 086 F CFA impôts direct estimé

Au terme de l'évaluation des propositions techniques et financières combinées, le classement final est le suivant :

- Groupement Cabinet MERLIN/MERLIN Afrique de l'Ouest : 97,35 points/100
- Groupement EGIS/SACI : 97,04 points/100 ;

Suite aux avis de non objection de la DCMP et de l'AFD, les résultats de l'évaluation ont été notifiés aux cabinets. C'est ainsi que le cabinet EGIS, faisant suite au courrier du 23 janvier 2019, a introduit un recours gracieux pour contester cette attribution.

Non satisfaite de la réponse de l'autorité contractante, la société EGIS EAU a introduit un recours contentieux auprès du CRD, par correspondance du 04 février 2019.

Le recours d'EGIS ayant été jugé recevable, le CRD a ordonné la suspension de la procédure de passation du marché par décision n° 012/19/ARMP/CRD/SUS du 08 février 2019, et demandé à l'ONAS de transmettre les éléments du dossier pour un examen au fond.

Par courrier du 02 février 2019, l'autorité contractante a transmis à l'ARMP les pièces demandées.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

Invoquant l'article 25.1 de la Demande de Propositions, EGIS rappelle que l'évaluation financière devrait se faire sur la base des montants hors taxes. Il soutient que les taxes et impôts indirects devraient être exclus de la rémunération des services offerts par le personnel non résident du consultant, ensuite faire l'objet, ultérieurement, d'une discussion et d'un accord avec le consultant retenu lors de la séance de négociations.

Le requérant signale que, sur la base des dispositions de la convention fiscale entre le Sénégal et la France, les taxes exigibles pour le marché sont :

- La Taxe sur la valeur ajoutée (article 351, 357 et suivants du CGI) ;
- L'impôt sur le revenu des personnes physiques, qui s'applique selon EGIS également, au personnel non résident du consultant (article 47 I du CGI) ;
- Retenue à la source BNC (article 202 du CGI), qui selon le consultant, est bien un impôt indirect et doit être présentée sur une ligne séparée dans la proposition financière ;
- Droits d'enregistrement et redevance de régulation ; qui sont des taxes indirectes selon le requérant.

EGIS estime que le cabinet Merlin n'a considéré, sous le vocable « impôts » que la TVA et n'a pas présenté, de manière séparée, l'impôt sur le revenu des personnes physiques, les droits d'enregistrement, la redevance de régulation, la retenue à la source. Le requérant relève que le dernier impôt cité a fait l'objet d'une clarification le 02 mai 2018.

EGIS allègue que MERLIN prévoit de se soustraire à la législation fiscale en vigueur au Sénégal et conclut que l'offre de ce dernier n'est pas conforme.

EGIS considère, en outre, que l'autorité contractante a procédé à des modifications sur les taxes en les réintégrant ou en les déduisant selon sa volonté. Il excipe ainsi d'une violation du « DAO » et d'une irrégularité de la procédure.

Par ailleurs, selon EGIS, une incertitude éventuelle sur les taxes, devait conduire l'autorité contractante à attribuer selon les montants hors taxes énoncés à l'ouverture des plis et, ensuite, clarifier les problématiques de taxes lors de la négociation. Il signale que cette approche aurait conduit à l'attribution au groupement EGIS/SACI.

Sur un autre point, EGIS considère que l'ONAS a rompu l'équité entre soumissionnaires en défalquant de l'offre de MERLIN certains impôts et taxes, pendant qu'il en ajoutait à l'offre du groupement EGIS/SACI.

LES MOTIFS DONNES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

L'Office national de l'Assainissement du Sénégal (ONAS) a transmis au CRD le dossier pour les besoins de l'instruction sans apporter de commentaire sur le recours d'EGIS.

Toutefois, dans sa réponse au recours gracieux, il a signalé que des erreurs de calculs ont été décelées dans les offres financières.

Concernant le groupement MERLIN/MERLIN Afrique de l'Ouest, les corrections ont entraîné une augmentation de 7 667 FCFA. En outre, selon l'ONAS, il a été défalqué du montant corrigé, la redevance de régulation de l'ARMP et les droits d'enregistrement qui sont des taxes indirectes ; soit un montant de 17 480 379 FCFA.

L'ONAS précise que, pour ce qui concerne le groupement EGIS/SACI, en plus des corrections liées à la conversion de la part euro en francs CFA, il a été inclus dans l'offre, les impôts sur le revenu des experts.

L'Autorité contractante expose qu'au terme des corrections, les propositions financières corrigées s'établissent à 1 456 698 245 FCFA HT pour le groupement MERLIN/MERLIN Afrique de l'Ouest et à 1 710 125 431 FCFA HT pour le groupement EGIS /SACI.

En conclusion, l'ONAS justifie l'attribution du marché au groupement MERLIN/MERLIN Afrique de l'Ouest par le fait qu'aux termes de l'évaluation finale, ce dernier a été classé premier avec une note globale de 97,35/100 devant le groupement EGIS EAU/SACI qui a obtenu la note globale de 97,04/100 points.

L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits et moyens ci-dessus exposés que le litige porte sur le bien-fondé de l'attribution du marché au groupement MERLIN/MERLIN Afrique de l'Ouest, suite aux corrections effectuées sur les impôts et taxes proposées dans les propositions des deux (2) candidats.

AU FOND

Considérant qu'il résulte de l'article 25.1 des Données particulières de la Demande de Propositions que pour les besoins de l'évaluation, le client exclura :

- (i) les taxes locales indirectes identifiables, telles que la TVA applicable aux facturations contractuelles et,
- (ii) toutes taxes indirectes additionnelles sur la rémunération des services offerts par le personnel non résident du Consultant dans le pays du client ;

Que le même article énonce que lors des négociations du contrat, les charges fiscales indirectes applicables feront l'objet de discussion et d'un accord ;

Considérant qu'il ressort de l'instruction que le groupement EGIS/SACI a présenté sa proposition financière selon le formulaire FIN 2 A en deux (2) rubriques :

- 1. Prix de la proposition financière ;
- 2. Impôts indirects avec :
 - TVA,
 - Impôts sur le revenu des experts,
 - Retenue à la source (15% BNC),
 - Droits d'enregistrement+ redevance de régulation ;

Que de son côté, le groupement MERLIN/MERLIN Afrique de l'Ouest a fait une proposition financière incluant la redevance ARMP et les droits d'enregistrement et a prévu la TVA comme unique impôt indirect à examiner lors de la négociation ;

Considérant que, certes, le requérant s'est conformé au formulaire FIN 2 prévu dans la Demande de Propositions pour établir sa proposition financière, du moins en ce qui concerne l'impôt sur le revenu des experts ;

Que, toutefois, il ressort de l'article 25 des Données particulières de la Demande de Propositions, qui a primauté sur le formulaire FIN 2 donné à titre indicatif, que pour l'évaluation des propositions financières, les seules taxes exclues sont les impôts indirects ;

Qu'au sens du Code général des Impôts, l'impôt sur le revenu des experts et la retenue à la source sont des impôts directs tandis que la TVA est un impôt indirect ;

Que plus décisivement, l'AFD a clairement indiqué dans sa lettre du 16 novembre 2018 que les consultants doivent intégrer dans l'offre financière, les impôts sur les revenus des experts et l'impôt sur les sociétés, incluant le BNC et donc la retenue à la source, considérés comme des impôts directs, selon le bailleur ;

Que selon le partenaire technique et financier, les impôts directs, payés directement par les experts à l'administration fiscale dont ils dépendent, ne doivent pas être exclus du périmètre de l'évaluation des propositions financières dans les marchés financés par l'AFD ;

Qu'il a suggéré, au surplus, que ces impôts directs soient intégrés dans l'offre d'EGIS à évaluer tout en précisant que le paiement ne concernera que le montant pris en compte dans l'évaluation financière ;

Que dès lors, pour être conforme aux clauses de la Demande de Propositions et aux recommandations du partenaire technique et financier, exprimées à travers des correspondances, il y a lieu d'ajuster l'offre financière du groupement EGIS/SACI, qui a exclu les impôts directs (BNC et impôt sur le revenu des experts) du montant à considérer pour l'évaluation et les prévoit au titre des impôts et taxes à discuter lors des négociations ;

Qu'en conséquence, l'ajustement opéré sur l'offre financière du requérant est justifié ;

Considérant, par ailleurs, que pour ce qui concerne les impôts directs, la Demande de Propositions (DP) n'a pas exigé des candidats, le détail et les montants ;

Qu'ainsi, il ne peut être reproché au groupement MERLIN/MERLIN Afrique de l'Ouest, une volonté de se soustraire à la réglementation fiscale d'autant plus que les services fiscaux disposent de procédures et de moyens pour le recouvrement des impôts dus ;

Que le requérant n'ayant pas obtenu gain de cause sur les griefs relatifs aux ajustements sur l'offre, il y a lieu d'ordonner la poursuite de la procédure de passation et la confiscation de la consignation ;

PAR CES MOTIFS :

- 1) Constate que l'article 25 des Données particulières de la DP énonce que les propositions financières des consultants doivent préciser, séparément, le montant total à considérer pour l'évaluation et le montant des impôts indirects et taxes à estimer et à discuter lors de la séance de négociations ;
- 2) Constate que, pour établir son offre financière, le groupement EGIS/SACI s'est conformé au formulaire FIN 2 inséré, à titre indicatif, dans la Demande de Propositions (DP) ;
- 3) Dit que l'article 25.1 des Données particulières de la DP, qui prime sur le formulaire FIN 2, vise uniquement les impôts indirects et taxes, comme éléments à exclure du montant à prendre en compte pour l'évaluation ;
- 4) Constate, toutefois, que le groupement EGIS/SACI a exclu du montant à évaluer, l'impôt sur le revenu des experts et la retenue à la source et les prévoit comme impôts indirects à discuter lors des négociations ;
- 5) Dit qu'au sens du Code général des Impôts, la retenue à la source et l'impôt sur le revenu des experts sont des impôts directs ;
- 6) Constate que l'AFD estime, également, que les impôts précités sont des impôts directs qui doivent être intégrés dans les montants à évaluer ;
- 7) Constate que MERLIN n'a pas apporté de précision sur les impôts directs ;
- 8) Dit, toutefois, que la Demande de Propositions n'a pas exigé de détails sur les impôts directs ;

- 9) Dit que l'ajustement effectué par la commission des marchés est conforme à la Demande de Propositions, au Code général des Impôts et à l'avis de l'AFD ;
- 10) Déclare le recours mal fondé ;
- 11) Ordonne la poursuite de la procédure et la confiscation de la consignation ;
- 12) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) est chargé de notifier au groupement EGIS/SACI, à l'Office national de l'Assainissement du Sénégal (ONAS), ainsi qu'à la Direction centrale des Marchés publics, la présente décision qui sera publiée sur le site officiel des marchés publics.

Le Président



Les membres du CRD



Alioune Badara FALL



Abdourahmane NDOYE



Ibrahima SAMBE

**Le Directeur Général
Rapporteur**



Saër NIANG