

**DECISION N°213/11/ARMP/CRD DU 26 OCTOBRE 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DU GROUPEMENT CIMA
INTERNATIONAL/AFRIC CONSULT RELATIF AU MARCHE DE SELECTION DE
BUREAUX D'ETUDES OU DE GROUPEMENT DE BUREAUX D'ETUDES POUR LA
SUPERVISION ET LE SUIVI DES TRAVAUX DE VIABILISATION SECONDAIRE DE
LA ZONE DE RECASEMENT DE KEUR MASSAR-TIVAOUANE PEULH LANCE
PAR AGETIP**

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

Vu le Code des Obligations de l'Administration modifié par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006, notamment en ses articles 30 et 31 ;

Vu le décret n°2011-1048 du 27 juillet 2011 portant Code des marchés publics;

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 la décision n° 005/ARMP/CRMP du 19 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu le recours en date du 03 octobre 2011 du Groupement CIMA International/Afric Consult, introduit par CIMA International, chef de file dudit groupement ;

Après avoir entendu le rapport de M. Ely Manel FALL, Chef de la division réglementation, Direction de la Réglementation et des Affaires juridiques, rapporteur présentant les moyens et les conclusions des parties,

En présence de Monsieur Abdoulaye SYLLA, Président, de MM. Abd'El Kader NDIAYE, Mamadou DEME et Ndiacé DIOP, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD);

De MM. Saër NIANG, Directeur général de l'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques et René Pascal DIOUF, Chargé des enquêtes sur les procédures de passation et d'exécution des marchés publics et délégations de service public, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Adopte la présente délibération fondée sur les faits et moyens exposés ci-après :

Par lettre du 03 octobre 2011 susvisée, enregistrée le 04 octobre 2011, sous le numéro 1030/11, au secrétariat du CRD, le Groupement CIMA International/Afric Consult a saisi le CRD pour contester le rejet de sa proposition financière au marché de prestation intellectuelle lancé par AGETIP et relatif à « la sélection de bureaux d'étude ou de groupement de bureaux d'études pour la supervision et le suivi des travaux de viabilisation secondaire de la zone de recasement de Keur Massar-Tivaouane Peulh ».

Par décision n° 196/11/ARMP/CRD du 10 octobre 2011, le CRD a prononcé la suspension de la procédure d'attribution.

LES FAITS

Dans le cadre du projet d'autoroute à péage Dakar-Diamniadio, l'AGETIP a été désignée par le Gouvernement du Sénégal comme Agence d'exécution des travaux (i) d'aménagement de la zone de recasement Keur Massar-Tivaouane Peulh, destinée au relogement des populations touchées par le projet d'autoroute à péage et (ii) de restructuration de Pikine Irrégulier Sud.

A cet effet, l'Agence a jugé nécessaire de confier la mission de supervision et de suivi des travaux de viabilisation secondaire de la zone de recasement Keur Massar-Tivaouane Peulh à un cabinet.

Ainsi l'AGETIP, sur financement de l'Agence française de Développement (AFD) et agissant pour le compte de l'APIX SA, a sollicité des propositions en vue de la fourniture des services de consultants.

Parmi les trois cabinets ou groupements invités, le Groupement CIMA International/Afric Consult, qui a déposé auprès de l'AGETIP sa proposition.

Par lettre n° Tec/2699 /11 du 28 septembre 2011, l'AGETIP a notifié au chef de file du groupement CIMA International/Afric Consult le rejet de leur proposition.

Le 03 octobre 2011, le groupement a saisi l'AGETIP d'un recours visant à obtenir de l'autorité contractante une révision de sa décision.

Le 07 octobre 2011, dans le délai légal imparti à l'autorité contractante pour répondre aux recours, l'AGETIP a répondu au recours gracieux du requérant en confirmant le rejet de son offre financière pour non-conformité principalement au motif d'une divergence importante par rapport à la demande de propositions qui exige que les offres des candidats soient en toutes taxes comprises (TTC). Cette divergence est telle que sa rectification affecterait injustement la compétitivité des autres soumissionnaires présentant des offres conformes pour l'essentiel à la demande de propositions ».

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de son recours, les requérants ont soutenu que :

- Par lettre datée du 1^{er} juin 2011, AGETIP les invitait à l'ouverture des plis financiers et les informait par la même occasion de leur note technique de 89.39 ;
- le jeudi 09 juin 2011, suite à l'ouverture des offres financières, où ils étaient présents, leur groupement en plus d'avoir la meilleure note technique avec 89.39, est le moins-disant avec une offre financière de 278 710 000 frs CFA HT ; le deuxième avec une note de 86.2, présentait une offre financière de 384 665 106 CFA HT avec un écart de plus 105 millions plus cher ;
- le 15 juillet 2011, AGETIP leur écrivait par courrier électronique pour confirmer leur offre financière, ce qu'ils ont fait par lettre datée du 15 juillet et indiquant clairement que leur offre en TTC est de 328 877 800 CFA soit (variation +18%) ;

- par courrier électronique daté du 25 août 2011, AGETIP leur demandait expressément de prolonger la validité de leur offre jusqu'en octobre 2011, ce qu'ils ont fait par lettre à la même date ;

Aussi, a-t-il contesté la décision d'attribution l'écartant pour non respect des procédures d'évaluation contenues dans les données particulières de la demande de propositions et aussi du code des marchés publics du Sénégal.

LES MOTIFS DONNES PAR LA COMMISSION DES MARCHES DE L'AGETIP

En réponse au recours des requérants, l'AGETIP les a informés, par lettre en date du 07 octobre 2011, des raisons qui expliquent que leur offre n'a pas été retenue :

- la lettre de soumission figurant dans leur proposition financière n'est pas conforme aux instructions précisées au paragraphe 3.6 de la section 2 de la demande de propositions « Note d'information aux candidats-données particulières » qui précise que l'offre financière sera présentée conformément aux tableaux joints en annexe :
 - en effet, dans le formulaire FIN.1 annexé à la demande de propositions, il est écrit au premier paragraphe (2^e phrase) « Vous trouverez ci-joint notre Proposition financière qui s'élève à [montant en lettre et en chiffre]. Ce montant de l'offre est en toutes taxes comprises (TTC). » ;
 - en lieu et place, leur offre a été libellée comme suit : « Vous trouverez ci-joint notre Proposition financière qui s'élève à F CFA 278 710 000 (deux cent soixante-dix-huit millions sept cent dix mille Francs CFA). Ce montant est net d'impôts nationaux, qui seront éventuellement précisés pendant les négociations et qui seront ajoutés au montant ci-dessus. ».
- par ailleurs, dans la définition des « conditions commerciales » précisées dans leur offre, les requérants ont mentionné que leurs services ne seront pas assujettis à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) d'une part, et que leur groupement bénéficiera pour lui-même et son personnel, du régime d'exonération totale pour l'ensemble des matériels nécessaires à la réalisation du contrat et enfin que leur groupement et ses experts seront exonérés de tout impôts, droits et taxes de toutes natures, tant sur le revenu que sur les équipements nécessaires à la réalisation du contrat :
 - cette divergence importante par rapport à la demande de propositions qui exige que les offres des candidats soient en toutes taxes comprises (TTC), est telle que sa rectification affecterait injustement la compétitivité des autres soumissionnaires présentant des offres conformes pour l'essentiel à la demande de propositions.
- sur le courrier électronique du 15 juillet 2011 et relatif à une demande d'éclaircissements, l'AGETIP précise que la commission des marchés peut

demander aux candidats de préciser la teneur de leurs offres afin d'en faciliter l'examen, l'évaluation, la comparaison conformément à l'article 69 du Code des marchés publics du Sénégal ;

- en outre, en date du 25 août 2011, l'AGETIP a effectivement demandé au groupement CIMA International/Afric Consult en même temps qu'aux deux autres candidats dont les offres financières ont été ouvertes en séance publique le 09 juin 2011, de proroger le délai de validité de leur proposition jusqu'au 20 octobre 2011 pour permettre de finaliser la procédure de sélection qui était toujours en cours ; cette demande est également conforme à la clause 1.12 de la section 2 de la demande de propositions n°10/11 « Note d'information aux candidats ».

SUR L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits et motifs ci-dessus exposés que le litige porte :

- d'une part, sur la conformité ou non de la proposition financière du groupement CIMA International/Afric Consult ; et,
- d'autre part, sur le caractère moins disant de cette proposition financière.

AU FOND

1) Sur la conformité de la proposition financière du groupement CIMA International/Afric Consult :

Considérant qu'il est constant que dans la définition des « conditions commerciales » précisée dans son offre, le groupement CIMA International/Afric Consult a mentionné que ses services ne seront pas assujettis à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) d'une part, et que son groupement bénéficiera pour lui-même et son personnel, du régime d'exonération totale pour l'ensemble des matériels nécessaires à la réalisation du contrat et enfin que leur groupement et ses experts seront exonérés de tout impôts, droits et taxes de toutes nature, tant sur le revenu que sur les équipements nécessaires à la réalisation du contrat ;

Considérant que, même s'il est libellé dans l'offre du candidat que son montant est net d'impôts nationaux, qui seront éventuellement précisés pendant les négociations et qui seront ajoutés au montant ci-dessus offrant ainsi la possibilité de corriger son offre, les exonérations d'impôts, droits et taxes visées dans la définition des « conditions commerciales », constituent un aspect substantiel de l'offre financière du groupement susvisé ;

Considérant qu'il ne peut exister d'exonération sans texte et qu'il n'a été visé dans l'offre du requérant aucun texte législatif ou réglementaire portant de telles exonérations invoquées dans la proposition financière de celui-ci ;

Que l'existence d'une convention d'évitement de la double imposition des opérateurs économiques canadiens et sénégalais opérant dans les deux pays, transmise au secrétariat du CRD par courrier électronique en date du 08 octobre 2011, n'est aucunement constitutive d'une source légale d'exonération mais qu'elle renvoie plutôt à un mécanisme d'organisation pratique, dans le cadre du recouvrement et du paiement, pour éviter la double imposition ;

Qu'en effet, dans la partie IV « dispositions préventives de la double imposition » l'article 22 paragraphe 1.a stipule que « sous réserve des dispositions existantes de la législation canadienne concernant l'imputation de l'impôt payé dans un territoire en dehors du Canada sur l'impôt canadien payable et de toute modification ultérieure de ces dispositions qui n'en affecterait pas le principe général, et sans préjudice d'une déduction ou d'un dégrèvement plus important prévu par la législation canadienne, l'impôt dû au Sénégal à raison de bénéfices, revenus ou gains provenant du Sénégal est porté en déduction de tout impôt canadien dû à raison des mêmes bénéfices, revenus ou gains. » ;

Qu'en outre, l'article 22 paragraphe 2.a dit également que « lorsqu'un résident du Sénégal reçoit des revenus qui, conformément aux dispositions de la présente convention, sont imputables au Canada, le Sénégal accorde sur l'impôt qu'il perçoit sur les revenus de ce résident, une déduction d'un montant égal à l'impôt sur le revenu payé au Canada ; cette déduction ne peut toutefois excéder la fraction de l'impôt sur le revenu, calculé avant déduction, correspondant aux revenus imposables au Canada. » ;

Que dès lors, la convention devrait être invoqué devant l'Administration fiscale, en aval de la procédure de passation du marché au moment de l'acquittement des impôts, droits et taxes dus au titre du marché et qu'en amont, la formulation des propositions doit respecter les formes exigées par la demande de propositions ;

Qu'ainsi, les exonérations visées dans la définition des « conditions commerciales », font que l'offre financière du groupement CIMA International/Afric Consult soit substantiellement divergente avec les exigences de la demande de propositions notamment que le montant de l'offre doit être libellé en toutes taxes comprises (TTC) ; qu'en conséquence l'offre financière du requérant n'est pas conforme.

2) Sur le caractère moins disant de la proposition financière :

Considérant que la proposition financière, lue moins chère en séance d'ouverture des plis, ne signifie pas forcément qu'elle serait la moins disante à l'issue de l'évaluation ou réjurerait de l'attribution du marché au candidat qui l'a soumise ;

Qu'en effet, nonobstant les corrections et les ajustements qu'elle pourrait subir jusqu'en être transformée lors de l'évaluation, il faudrait d'abord qu'elle soit déclarée conforme aux exigences de formes et de fond de la demande propositions ;

Qu'à défaut d'être déclarée conforme, la proposition financière ne peut dépasser l'étape de conformité pour être corrigée, ajustée et consolidée avec la note de la proposition technique ;

Que par conséquent, l'autorité contractante en déclarant la proposition financière non conforme ne peut plus tenir compte de l'aspect moins disant de celle-ci et qu'elle doit l'écarter de la suite de l'évaluation ;

Considérant par ailleurs que la commission des marchés peut demander aux candidats de préciser la teneur de leurs offres afin d'en faciliter l'examen, l'évaluation, la comparaison conformément à l'article 69 du Code des marchés publics du Sénégal ;

Considérant qu'en outre, l'AGETIP a effectivement demandé au groupement CIMA International/Afric Consult en même temps qu'aux deux autres candidats dont les offres financières ont été ouvertes en séance publique le 09 juin 2011, de proroger le délai de validité de leur proposition jusqu'au 20 octobre 2011 pour permettre de finaliser la procédure de sélection qui était toujours en cours et qu'il est dit à la clause 1.12 « ...Cependant, en cas de besoin, le client peut demander aux consultants de proroger la durée de validité de leurs propositions... » ;

Qu'ainsi, une demande de précision de la teneur d'une proposition et une autre de prorogation du délai de validité de cette dernière ne peuvent en rien sous-tendre une quelconque prétention à l'attribution d'un marché ; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Déclare recevable le Groupement CIMA International/Afric Consult en son recours ;
- 2) Constate que la proposition financière du Groupement CIMA International/Afric Consult présente des divergences substantielles avec les exigences de la demande de propositions; en conséquence,
- 3) Dit que la proposition financière est non conforme au règlement de la consultation ;
- 4) Dit qu'une demande de précision de la teneur d'une proposition et une autre de prorogation du délai de validité de cette dernière ne peuvent en rien sous-tendre une quelconque prétention à l'attribution d'un marché ;
- 5) Dit que la décision de la commission des marchés d'écartier le soumissionnaire de la suite de la procédure est fondée ; en conséquence,
- 6) Ordonne la continuation de la procédure de passation du marché concerné ;
- 7) Dit que le Directeur Général de l'ARMP est chargé de notifier au Groupement CIMA International/Afric Consult, à l'AGETIP ainsi qu'à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA