

**DECISION N° 253/11/ARMP/CRD DU 30 DECEMBRE 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE ESPACE AUTO
CONTESTANT LA DECISION D'ATTRIBUTION PROVISoire DES LOTS 1 ET 2
DU MARCHÉ D'ACQUISITION DE MATERIEL ROULANT AU PROFIT DE LA
SENELEC (AO N° 14/2011).**

**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 son article 30 ;

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 notamment en ses articles 20 et 21 ;

Vu la décision n° 0005/ARMP/CRMP du 19 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu le recours de la société ESPACE AUTO en date du 24 décembre 2011, enregistré le même jour sous le numéro 1216/11 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

Après avoir entendu le rapport de M. Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, rapporteur présentant les moyens et les conclusions des parties,

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

De MM. Saër NIANG, Directeur général de l'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD, Mme Takia FALL CARVALHO, Conseillère chargée de la Coordination et du Suivi, MM. Ely Manel FALL, Chef de la division réglementation, Direction de la Réglementation et des Affaires juridiques et Ababacar 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 la régularité du recours, les faits et moyens exposés ci-après :

Par lettre du 24 novembre 2011 enregistrée le même jour sous le numéro 1216/11 au secrétariat du CRD, la société Espace Auto a introduit un recours auprès du CRD pour contester le rejet de son offre fournie dans le cadre des lots 1 et 4 du marché d'acquisition de matériel roulant au profit de la SENELEC.

LES FAITS

La SENELEC a fait publier dans le quotidien « Le Soleil » du 22 juillet 2011, un avis d'appel d'offres portant sur la fourniture en dix (10) lots, de matériel roulant à son profit.

Après évaluation des offres, les lots 1 et 4 dudit marché ont été attribués respectivement à TATA et à la Sénégalaise de l'Automobile.

La société Espace Auto a introduit un recours gracieux auprès de l'autorité contractante par lettre du 15 novembre 2011, puis a saisi le CRD.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de son recours, le requérant a déclaré que la décision d'attribution des lots 1 et 4 du marché litigieux, a été faite en violation des articles 59 et 70 du Code des marchés publics pour les raisons suivantes :

1. Sur le lot 1, son offre financière qui est de 658 000 000 de francs CFA est moins disante que celle de TATA, attributaire provisoire, qui a proposé 685 580 000 francs CFA ;
2. Sur le lot 4, son offre est de 2 604 000 F CFA moins élevée que celle de la Sénégalaise de l'Automobile.

Il soutient que ses offres financières ont été « biaisées », car la SENELEC les a considérées en hors TVA et les a corrigées en conséquence en y ajoutant la TVA, alors que lesdits prix ont été bien exprimés en TTC.

Selon Le requérant, l'erreur porte sur l'interprétation par la SENELEC du terme « Delivery Duty Paid » (DDP) qu'elle assimile à tort à un prix hors TVA.

Or cette erreur aurait pu être évitée en se référant à la clause 14.6 a) des Instructions aux candidats (IC) du dossier d'appel d'offres où est mentionné le terme « Rendu Droits Acquittés », qui est la traduction en français de « DDP ».

Par ailleurs, le procès verbal d'ouverture des plis n'a consigné aucune erreur provenant du montant de son offre.

Sur le plan technique, la commission des marchés affirme qu'un « VAN » a été proposé à la place d'une fourgonnette, alors que le produit concerné est bien une fourgonnette, comme indiqué dans la lettre de soumission et les spécifications techniques.

Il poursuit en déclarant que le terme « VAN » est le nom en anglais du produit concerné.

Il conclut que son offre est conforme tant sur le lot 1 que sur le lot 4 du marché.

LES MOTIFS DONNES PAR LA COMMISSION DES MARCHES

En réponse au recours gracieux du requérant, l'Autorité contractante a apporté les clarifications suivantes :

1. Lors de l'analyse des offres, il a été noté que Espace Auto a été le seul soumissionnaire à avoir libellé son offre en DDP. C'est pourquoi aux fins de

comparaison, la commission des marchés a ramené l'offre de Espace Auto en TTC au motif que le prix DDP inclut les droits de douanes et la TVA de porte, mais pas la TVA intérieure qui a été rajoutée à l'offre.

2. Ensuite, les réajustements effectués sur les offres des lots 1 et 4 produits par le requérant ne concernaient pas uniquement l'application de la TVA au prix DDP, mais également sur deux éléments importants de l'analyse, à savoir :

- L'ajustement par rapport aux frais d'entretien,
- L'ajustement par rapport aux délais de livraison.

L'autorité contractante a déclaré avoir fait une nouvelle simulation d'évaluation, en considérant le prix DDP comme un prix TTC, tout en maintenant les réajustements prévus à la clause 33.3 b) des IC du dossier d'appel d'offres, ce qui a donné les résultats suivants :

1. Pour le lot 1 : la reconsidération de l'offre d'Espace Auto ne modifie pas le résultat de l'analyse, puisque la société TATA arrive toujours en tête.
2. Pour le lot 4 : le véhicule demandé dans le DAO est une fourgonnette et non un VAN. Selon la commission des marchés, la fourgonnette est un « véhicule à deux volumes, un espace cabine fermé et un espace matériel fermé qui offre le confort du poste de conduite d'une berline et permet une sécurisation du matériel transporté par isolement.

Le VAN proposé par Espace Auto est un monoplace, ce qui constitue une divergence fondamentale.

D'ailleurs, même si l'on admet que l'offre d'Espace Auto est techniquement conforme, la reconsidération de son offre sur les lots 1 et 4 du marché ne modifie guère le résultat de la compétition, si l'on se réfère au tableau 10 ci après du rapport d'évaluation modifié.

Tableau 10 : Evaluation et comparaison des offres (Lot 1)

Soumissionnaires	Montant TTC à l'ouverture des plis	Montant unitaire des révisions	Montant total révisions	Montant total comprenant révisions	DELAI	Montant réajusté suivant les entretiens et le délai
TATA	685 580 000	626 972	43 888 040	729 468 040	30 disponibles et le reste 45 jours	687 263 103
ESPACE AUTO	658 000 000	1 549 550	108 468 500	766 468 500	45	766 468 500
SICAS	699 234 771	2 725 986	190 819 020	890 053 791	45	890 053 791

Tableau 10 : Evaluation et comparaison des offres (Lot 4)

Soumissionnaires	Montant TTC à l'ouverture des plis	Montant unitaire des révisions	Montant total révisions	Montant total comprenant révisions	DELAJ	Montant réajusté suivant les entretiens et le délai
SENEGALAISE DE L'AUTOMOBILE	127 204 000	1 600 000	22 400 000	149 604 000	disponible	129 407 460
SERA	110 600 000	1 724 263	24 139 682	134 739 682	45	134 739 682
ESPACE AUTO	124 600 000	1 603 580	22 450 120	147 050 120	45	145 050 120

L'OBJET DU LITIGE

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

1. sur l'interprétation donnée par la commission des marchés sur la nature d'un prix DDP,
2. sur la conformité ou non du véhicule présenté par le requérant dans son offre,
3. sur le défaut d'application effective des critères d'ajustement contenus dans le dossier d'appel d'offres.

EXAMEN DU LITIGE

- 1) Sur l'interprétation du terme « Delivery Duty Paid » (DDP) :

Considérant qu'il ressort des dispositions de l'article 15 du Code des marchés publics, que les prix des marchés sont réputés couvrir toutes les dépenses qui sont la conséquence nécessaire et directe des travaux, de la fourniture ou du service, y compris tous droits, impôts et taxes applicables, sauf lorsqu'ils sont expressément exclus du prix du marché ou font l'objet d'une exonération, ainsi qu'un bénéfice revenant au titulaire ;

Considérant que selon la clause 14 des IC du DAO, les prix proposés dans les formulaires de bordereaux des prix pour les Fournitures et Services connexes, seront présentés de la manière suivante, sauf stipulation contraire figurant dans les DPAO :

- a) Pour les Fournitures : le prix des fournitures DDP Rendu Droits acquittés (lieu de destination convenu spécifié dans les DPAO) y compris tous les droits de douanes, taxes sur les ventes ou autres déjà payés ou à payer ;
- b) Pour les Services connexes, lorsque de tels Services connexes sont requis dans la Section V : Bordereau des quantités, Calendrier de livraison, Cahier des Clauses techniques, plans, inspections et essais : le prix de chaque élément faisant partie des Services connexes sera indiqué (taxes applicables comprises).

Considérant que les incoterms (termes du commerce international), sont des termes commerciaux dont le rôle est, entres autres :

- 1) de définir les responsabilités et les obligations d'un vendeur et d'un acheteur dans le cadre de contrats de commerce internationaux au regard du chargement, du transport, des assurances et de la livraison,
- 2) de déterminer le lieu de transfert des risques qui correspond au lieu de livraison de la marchandise,

Considérant que le terme DDP exprime l'obligation du vendeur à l'égard de l'acheteur à livrer, tous frais payés, la marchandise, y compris la TVA, les droits de douane et autres taxes exigibles ;

Considérant qu'à cet égard, la commission des marchés a injustement intégré dans l'offre du requérant, la TVA qui est déjà prise en charge ;

Que par ailleurs, les prix indiqués dans la lettre de soumission du requérant reflètent expressément des montants TTC sur chaque lot du marché,

Que par conséquent, la décision de la commission des marchés n'est pas fondée ;

- 2) Sur la conformité du véhicule proposé par le requérant sur le lot 4 du marché :

Considérant qu'il est spécifié à la Section IV.3 (Cahier des clauses techniques), la fourniture de quatorze (14) véhicules fourgonnette de 02 places ;

Considérant qu'en retour, Espace Auto a proposé un véhicule de type Foton Cargo, conçu pour le transport de marchandises et bagages, appelé fourgonnette en français ou van en anglais, déclaré non conforme par la commission des marchés, au motif qu'il ne dispose pas d'un espace fermé pour le transport de marchandises qui permet une sécurisation du matériel transporté par isolement. ;

Considérant qu'il n'a pas été mentionné dans la définition des spécifications techniques, la nécessité de disposer d'un véhicule comportant deux aires séparées ;

Que dès lors, la nature et l'étendue des besoins à satisfaire n'étant pas définie de façon exacte pour éviter toute interprétation tendancieuse, comme recommandé à l'article 5 du Code des marchés publics, l'autorité contractante ne peut se prévaloir d'un « entendement qu'en a le marché national » pour donner sa propre interprétation sur la qualification d'un produit ;

Qu'il y a lieu par conséquent de déclarer non fondée, la décision de la commission des marchés ;

- 3) Sur l'application des critères d'évaluation des offres contenus dans le dossier d'appel d'offres :

Considérant que selon les dispositions de l'article 59 du Code des marchés publics modifié, la détermination de l'offre la moins disante est effectuée soit sur la base du prix le plus bas, soit sur la base du prix et d'autres critères qui doivent être énumérés dans le DAO et être exprimés en termes monétaires ou sous la forme de critères éliminatoires ;

Considérant que selon la clause 33.3 des IC, pour évaluer une offre, l'autorité contractante utilisera, entres autres, les ajustements résultant de l'utilisation des facteurs d'évaluation, des méthodes et critères sélectionnés ;

Que pour évaluer le montant de l'offre, l'autorité contractante peut devoir prendre également en considération des facteurs autres que le prix de l'offre, dont les caractéristiques, la performance des Fournitures et Services connexes et leurs conditions d'achat. Les facteurs retenus, le cas échéant, seront exprimés en termes monétaires de manière à faciliter la comparaison des offres. Les facteurs à utiliser et la méthode d'application seront comme indiqué à la clause 33.3 (d) des IC.

Qu'en application de cette disposition, la clause 33.3 b) des Données particulières des Instructions aux candidats prévoient, outre le prix, les critères suivants :

- a) La variation par rapport au calendrier de livraison : les fournitures faisant l'objet du présent appel d'offres doivent être livrées dans un délai maximum de quarante cinq jours, comme spécifié à la Section IV, Bordereau des quantités, Calendrier de livraison et Cahier de clauses techniques. Un bonus de trois pour mille sera alloué par jour de livraison anticipée ; ce bonus sera appliqué au montant de l'offre à évaluer. Les offres proposant une livraison au-delà de cette période seront considérées comme non conformes ;
- b) Coût des pièces de rechange, des pièces détachées obligatoires et du service après vente,
- c) La liste et les quantités des principaux ensembles et pièces de rechange est fournie dans la liste des Fournitures. Leur coût total résultant de l'application des prix unitaires indiqués par le candidat dans son offre sera ajouté au prix de l'offre aux fins d'évaluation ;
- d) Disponibilité des pièces de rechange et d'un service après vente dans le Sénégal pour les équipements offerts dans l'offre ;

Considérant qu'après examen du rapport dévaluation des offres, il a été constaté que la commission des marchés a fait application, pour l'évaluation des lots 1 et 4 du marché, des critères d'ajustement relatifs aux frais d'entretien et au délai de livraison, mais elle n'a pas pris en compte celui portant sur le coût des pièces de rechange, pourtant prévu à la clause 33.3 b) des DPAO ;

Que par conséquent, cette omission constitue un manquement qui altère la décision de la commission des marchés ;

DECIDE :

- 1) Dit que le terme DDP exprime l'obligation du vendeur à l'égard de l'acheteur à livrer, tous frais payés, la marchandise, y compris la TVA, les droits de douane et autres taxes exigibles ; par conséquent,
- 2) Dit que l'offre du requérant a été émise en TTC ;
- 3) Constate qu'il n'a pas été mentionné dans la définition des spécifications techniques, la nécessité de disposer d'un véhicule comportant deux aires séparées ; à cet égard,

- 4) Dit que le véhicule de type Foton Cargo, proposé par Espace Auto est une fourgonnette, dénommée van en anglais ; par conséquent,
- 5) Dit que la décision de rejet de l'offre du requérant est non fondée ;
- 6) Constate que la commission des marchés n'a pas fait application du critère d'ajustement relatif au coût des pièces de rechange, en violation des dispositions de la clause 33.3 b) des DPAO ;
- 7) Dit que cette omission constitue un manquement qui altère la décision d'attribution du marché ;
- 8) Annule l'attribution provisoire des lots 1 et 4 du marché ;
- 9) Ordonne la reprise de l'évaluation des offres sur la base des critères mentionnés dans le dossier d'appel d'offres ;
- 10) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à Espace Auto, à la SENELEC ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

**Pour le Président
Chargé de l'Intérim**

Mamadou DEME