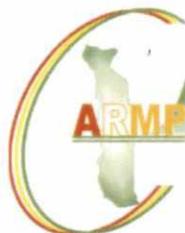


REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail - Liberté - Patrie



Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

**DECISION N° 038-2021/ARMP/CRD DU 02 JUILLET 2021
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DE L'ENTREPRISE DES
NOUVELLES TECHNOLOGIES (ENT) SARL CONTESTANT LA DECISION
DU MINISTERE DES SPORTS ET DES LOISIRS DE NE PAS DONNER SUITE A
LA PROCEDURE DE DEMANDE DE COTATION N° 001/MSL/CAB/PRMP/21
DU 18 MARS 2021 RELATIVE A LA CONSTRUCTION DES CENTRES DE
DEVELOPPEMENT DES SPORTS DE KPALIME ET DE BASSAR
(LOT 1A, A KPALIME)**

**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° 2015-009/PR du 22 janvier 2015 portant nomination au Conseil de régulation de l'Autorité de régulation des marchés publics ;

Vu l'arrêté n° 013/MEF/CAB/SG du 13 février 2019 portant nomination d'un Directeur général par intérim 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 ;

A handwritten signature in blue ink is located in the bottom right corner of the page. The signature is stylized and appears to be the name of the official responsible for the document.

Vu la décision n° 001/2015/ARMP/CR du 10 février 2015 portant nomination des membres du Comité de règlement des différends (CRD) ;

Vu la requête référencée 147/2021/ENT-DG datée du 14 juin 2021, introduite par l'entreprise ENT Sarl et enregistrée le 15 juin 2021 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 1729 ;

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

En présence de Madame Ayélé DATTI, Président, de Messieurs Konaté APITA et Abeyeta DJENDA, membres dudit Comité ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Adopte la présente décision portant sur la recevabilité et le bien-fondé du recours ;

Par requête enregistrée le 15 juin 2021 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 1729, l'entreprise ENT Sarl ayant son siège social à Lomé, BP 81008, Tel : 90 92 87 78, représentée par Monsieur Elom ADZAKLI, son Gérant, a saisi le Comité de règlement des différends d'un recours en contestation de la décision du ministère des sports et des loisirs de ne pas donner suite à la procédure de demande de cotation n° 001/MSL/CAB/PRMP/21 du 18 mars 2021 relative à la construction des centres de développement des sports de Kpalimé et de Bassar : lot 1A à Kpalimé.

SUR LA RECEVABILITE

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 62 du décret n° 2009-277/PR du 11 novembre 2009 portant code des marchés publics et délégations de service public, tout soumissionnaire qui a un intérêt légitime à contester la décision de l'autorité contractante doit, sous peine de forclusion, exercer un recours dans un délai de quinze (15) jours ouvrables après la publication de l'avis d'attribution du marché ;

Considérant qu'il résulte des faits que, par lettre à l'entreprise ENT Sarl, la Personne responsable des marchés publics du ministère des sports et des loisirs a informé ladite entreprise de la décision dudit ministère de ne pas donner suite au processus d'attribution du lot concerné ;

Que non satisfaite, l'entreprise ENT Sarl a, par lettre datée du 14 juin 2021, enregistrée le 15 juin 2021, saisi le Comité de règlement des différends pour contester cette décision de l'autorité contractante qui a pour effet de la disqualifier de l'attribution du marché objet de la demande de cotation sus-indiquée ;

Considérant que le délai prescrit à l'article 62 du code des marchés publics est un délai franc et, par conséquent, commence à courir à compter du lendemain de la date de notification des résultats, soit le 15 juin 2021 à 00 heure pour expirer le 08 juillet 2021 à 00 heure ;



Considérant que le recours de l'entreprise ENT Sarl, daté du 14 juin 2021, est enregistré le 15 juin 2021 au secrétariat du CRD ; qu'en ayant introduit ainsi son recours avant l'expiration du délai prévu à l'article 62 susvisé, ladite société a agi dans le délai prescrit ;

Qu'en conséquence, il y a lieu de déclarer recevable le recours de l'entreprise ENT Sarl contre la décision de ne pas donner suite au processus de passation de marché dont s'agit.

LES FAITS

Dans le cadre du projet de construction des centres de développement de sport de Kpalimé et de Bassar, le ministère des sports et des loisirs a résilié le marché passé avec le titulaire BECO Sarl pour cause de ^{sa} défaillance et initié, sur autorisation de la DNCMP, la demande de cotation n° 001/MSL/CAB/PRMP/21 du 18 mars 2021 en vue de consulter de nouvelles entreprises pour l'achèvement des travaux dudit projet.

Les travaux à achever sont répartis en quatre lots dont le lot 1.A/ a pour objet, les travaux préparatoires, l'installation des chantiers, les terrassements, gros œuvres, étanchéité, revêtements, faux plafonds, staff, peinture, plomberie, VRD, les aménagements extérieurs et équipements sportifs du centre de développement de Kpalimé.

A la date limite de dépôt des offres fixée au 02 avril 2021 et prorogée au 09 avril 2021, la commission de passation des marchés publics de l'autorité contractante a reçu et ouvert, au titre du lot 1.A/, les plis soumis par trois (03) candidats consultés sur la liste restreinte à savoir les entreprises ENT, IC-BTP et COTRAD.

Après l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a retenu attributaire provisoire du marché, l'entreprise ENT Sarl pour un montant toutes taxes comprises de trois cent trente-six millions neuf cent trente-huit mille trente-neuf (336 938 039) francs CFA.

L'avis de non objection de la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) sur le résultat de l'évaluation des offres est donné par lettre n° 1323/MEF/DNCMP/DSMP du 14 mai 2021.

Suite à la validation des résultats provisoires par la Direction nationale du contrôle des marchés publics, la Personne responsable des marchés publics a, par lettre n° 096/MSL/CAB/PRMP/21 du 11 juin 2021, notifiée le 14 juin 2021, informé l'entreprise ENT Sarl qu'à l'issue de l'évaluation des offres, son offre pour le lot 1A /Kpalimé a été jugée conforme et moins disante mais que le ministère a décidé de ne pas donner suite au processus de passation du marché en cours.



Dans sa lettre, la Personne responsable précise que le ministère a plutôt décidé d'accorder une dernière chance à l'entreprise BECO Sarl préalablement en charge des travaux objet de la demande de cotation en reconsidérant la résiliation initialement faite de son contrat, ceci, afin de lui permettre de poursuivre lesdits travaux.

Non satisfaite, l'entreprise ENT Sarl a, par lettre datée du 14 juin 2021, saisi le Comité de règlement des différends pour contester cette décision de l'autorité contractante.

Par lettre n° 2286/ARMP/DG/DRAJ du 16 juin 2021, la direction générale de l'ARMP a réclamé à la Personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante la documentation utile à l'instruction du dossier.

Par lettre n° 101/MSL/CAB/PRMP/21 du 22 juin 2021, reçu le 23 juin 2021 au secrétariat du CRD et enregistrée sous le numéro 1777, la Personne responsable des marchés publics a fait parvenir à l'ARMP la documentation ainsi réclamée.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

L'entreprise ENT Sarl conteste la décision de l'autorité contractante de pas donner suite à la procédure concernant le lot 1 A et soutient à l'appui de son recours :

- que l'autorité contractante a notifié les résultats de l'évaluation la retenant attributaire du marché aux autres soumissionnaires depuis le mois de mai tout en faisant rétention de cette information à son égard ;
- que des semaines après cette notification, en lieu et place des résultats, elle l'informe de sa décision d'accorder une dernière chance à l'entreprise initialement titulaire des travaux et dont le contrat a été résilié en raison de sa défaillance dans l'exécution ;
- qu'elle voudrait attirer l'attention du Comité sur la communication divergente de l'information ainsi faite aux soumissionnaires par l'autorité contractante en violation des principes fondamentaux de la commande publique et de l'article 62 du Code des marchés publics ;
- que lors de la visite du site et des différents échanges au cours des réunions préparatoires, l'autorité contractante les a informés que l'entreprise BECO Sarl, initialement en charge des travaux, a été défaillante ;
- qu'en effet, malgré les différentes prorogations du délai d'exécution sur plusieurs années, elle s'est révélée incapable d'achever les travaux, ce qui a conduit à la résiliation officielle du marché conformément à l'article 109 du Code des marchés publics ;



- qu'il est donc surprenant que la PRMP évoque à présent une dernière chance à accorder à l'entreprise défailante après avoir engagé une nouvelle procédure relative auxdits travaux ;
- que cette volte-face n'est prévue par aucune disposition des textes réglementaires sur les marchés publics ;
- que les lots de BASSAR qui se trouvent dans une situation identique à celle de Kpalimé n'ont pas subi le même sort, ce qui illustre un traitement inégal des candidats ;
- que pour rappel, l'entreprise BECO Sarl est exclue de la commande publique jusqu'au 31 mars 2023 par décision n° 007-2020/ARMP/CRD du 31 mars 2020 ;
- que dans ce contexte, elle se demande comment l'autorité contractante pourra conclure un avenant avec ladite entreprise après avoir résilié son marché ;
- qu'au regard de tout ce qui précède, elle estime être lésée dans l'attribution du marché susmentionné et demande au Comité de règlement des différends de bien vouloir la rétablir dans ses droits.

LES MOYENS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

Dans son mémoire en réponse, l'autorité contractante soutient :

- que dans le cadre du projet de construction des centres de développement de Kpalimé et de Bassar, des procédures avaient été lancées et ont abouti à la conclusion de quatre (04) marchés dont celui objet du lot 1 A initialement attribué à l'entreprise BECO Sarl pour un délai d'exécution de 24 mois ;
- que chacun des quatre marchés avait fait l'objet d'une prorogation de délai par avenant mais malheureusement à la fin de ce nouveau délai les entreprises étaient toujours défailtantes dans l'exécution desdits marchés obligeant ainsi le ministère des sports et des loisirs à résilier les contrats et à engager une nouvelle procédure de sélection de nouvelles entreprises sous le contrôle de la DNCMP pour la poursuite des travaux ;
- qu'en plein dénouement de la nouvelle procédure de sélection engagée, le ministre a reçu une requête du cabinet d'avocats HSCONSORTIUM conseil de l'entreprise BECO Sarl, titulaire défailtant du marché résilié, sollicitant amiablement qu'un délai supplémentaire lui soit accordé pour l'achèvement des travaux ;
- que c'est pour attendre la suite que le ministre réserverait à la requête de l'entreprise BECO qu'il a été retardé la notification des résultats de la nouvelle procédure à l'entreprise requérante ENT Sarl qui avait été évaluée la mieux disante sur le lot dont s'agit ;



- que tenant sans doute compte des engagements pris par l'entreprise BECO Sarl et de son taux d'avancement global des travaux qui est supérieur à celui des autres titulaires de marchés résiliés et pour éviter de longs contentieux préjudiciables au projet qui revêt une importance majeure pour le pays, le ministre a décidé de donner une nouvelle chance à cette entreprise afin de lui permettre de poursuivre les travaux dans des conditions strictes ;
- que suite à cette décision, une notification accompagnée d'une explication de la situation a été transmise à l'entreprise ENT Sarl et qu'il lui a été même indiqué que suivant l'engagement de l'entreprise BECO Sarl, en cas de nouveau retard de cette dernière, l'autorité contractante s'engagerait automatiquement avec elle ;
- que s'agissant de l'argument tenant à l'exclusion de l'entreprise BECO Sarl, elle tient à souligner qu'il ne s'agit pas d'une nouvelle procédure avec cette entreprise exclue mais plutôt de la gestion de l'exécution d'un marché conclu en 2016 avant son exclusion du processus des marchés publics ;
- qu'elle voudrait humblement informer le Comité de règlement des différends que la DNCMP a été informée de tous les problèmes relatifs à la présente procédure et que les marchés des trois (03) autres lots relancés sont en cours d'approbation par le ministre de l'économie et des finances, d'autant plus que la demande d'approbation a été transmise le 07 juin 2021 ;
- qu'en définitive, elle tient à porter à la connaissance du comité que l'entreprise BECO Sarl a effectivement redémarré les travaux sur le chantier visité par le ministre des sports le 13 juin 2021 ;
- qu'à la lumière des faits ci-dessus exposés la requérante ne devrait pas se prévaloir d'un droit acquis dans le cadre de cette procédure ;
- qu'au regard de tout ce qui précède, elle demande au Comité de règlement des différends de bien vouloir déclarer non fondé le recours de l'entreprise ENT Sarl et laisser prospérer la décision du ministre visant à permettre à l'entreprise BECO Sarl de poursuivre les travaux ;

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits et prétentions des parties que le litige porte sur la régularité du refus de l'autorité contractante de donner suite à la procédure de marché de substitution initiée, du fait de sa décision d'annuler la résiliation du contrat initialement passé avec le titulaire défaillant.



EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

❖ Sur la régularité de l'annulation de la résiliation du contrat conclu avec un titulaire de marché défaillant

Considérant que deux mois après la résiliation du marché, le ministère de sports et des loisirs a, courant mars 2021, initié sous le contrôle de la DNCMP, une nouvelle procédure de passation de marché en vue de la conclusion d'un contrat pour permettre la poursuite des travaux abandonnés par la société BECO Sarl ;

Qu'à l'issue de cette procédure, l'entreprise ENT Sarl est désignée attributaire du marché objet du lot 1 A pour un montant de 336 938 039 francs CFA tel qu'il ressort du procès-verbal d'attribution provisoire communiqué par lettre n° 067/MSL/CAB/PRMP/21 du 18 mai 2021 aux soumissionnaires non retenus ;

Considérant que par lettre n° 096/MSL/CAB/PRMP/21, la personne responsable des marchés publics a informé la requérante que « le ministère des sports et des loisirs a décidé d'accorder une dernière chance à l'entreprise préalablement en charge des travaux en annulant la résiliation du contrat y afférent et lui permettre de poursuivre lesdits travaux » ;

Considérant qu'aux termes de l'article 109 du code des marchés publics, un marché public peut faire l'objet de résiliation à l'initiative de l'autorité contractante, en raison, entre autres, de la faute du titulaire du marché ;

Considérant qu'en l'espèce, l'examen des pièces du dossier fait ressortir qu'après des délais supplémentaires ainsi que de multiples relances et mises en demeure adressées à l'entreprise BECO Sarl, titulaire défaillant du marché initial, l'autorité contractante a, par lettre datée du 26 janvier 2021 et notifiée le même jour, prononcé la résiliation dudit marché ;

Qu'en l'espèce, le marché dont l'entreprise BECO Sarl a été titulaire est, par lettre n°005/MSL/CAB/PRMP/21, résilié au motif du non-respect du délai d'exécution des travaux en dépit de nombreuses relances de la prorogation du délai d'exécution à lui accordée ;

Considérant qu'avant de décider de la résiliation, l'autorité contractante avait toute latitude de prendre en considération le taux d'avancement global des travaux de l'entreprise BECO Sarl qu'elle estime supérieur à celui des autres titulaires de marchés résiliés et le souci d'éviter de longs contentieux préjudiciables ; que si elle n'avait pas procédé à cette analyse, elle ne saurait se prévaloir de ces considérations après la résiliation du marché ;

Considérant que par le jeu de la résiliation, il est définitivement mis fin aux relations contractuelles avant son terme normal et les prestations normalement exécutées sont liquidées ; qu'en l'espèce, il est inconcevable que l'autorité contractante puisse s'octroyer le droit d'annuler sa décision portant résiliation qui est censée produire tous les effets qui y sont attachés ; que pour preuve, la direction nationale du contrôle des marchés publics n'a pu autoriser ladite autorité contractante à enclencher une nouvelle procédure qu'après s'être assurée que le marché initial est résilié en ce qu'il est de règle que deux procédures de passation portant sur le même objet ne peuvent pas coexister ;

Considérant que même si par hypothèse, la résiliation prononcée ne serait pas justifiée, le ministère des sports et des loisirs ne saurait « ressusciter » un marché déjà enterré ; que s'il était possible d'accorder à l'entreprise BECO Sarl une prétendue seconde chance, il aurait fallu le faire avant toute décision de résiliation devenue définitive ;

Qu'au regard de tout ce que dessus, la prétendue annulation dont se prévaut l'autorité contractante est réputée nulle et de nul effet.

❖ **Sur la régularité de la décision de suspension de l'attribution du marché à la requérante et de la réattribution du marché résilié au titulaire défaillant**

Considérant qu'à l'issue de la résiliation du marché, l'autorité contractante a lancé une demande de cotation dont le lot 1.A/ qui concerne le marché de substitution a pour objet les travaux préparatoires, l'installation des chantiers, les terrassements, gros œuvres, étanchéité, revêtements, faux plafonds, staff, peinture, plomberie, VRD, les aménagements extérieurs et équipements sportifs du centre de développement de Kpalimé ;

Considérant qu'à l'issue de l'évaluation des offres reçues et après la validation des résultats par la DNCMP, la personne responsable des marchés publics a manqué de notifier à l'entreprise ENT qu'elle est attributaire du marché ;

Que c'est dans l'attente de la suite du processus de passation que la personne responsable des marchés publics a notifié à la requérante que l'attribution du marché a elle faite est suspendue pour accorder une dernière chance au titulaire défaillant ;

Considérant qu'en mettant en mode pause la nouvelle procédure pour redonner vie à celle ne devant plus exister, il y a lieu de se demander quelle serait l'issue de la première si la réattribution était régulière et s'achevait à la satisfaction de l'autorité contractante ; que la résiliation prononcée depuis plus de six (6) mois à ce jour et après l'enclenchement d'une nouvelle procédure ne saurait « annulée » pour laisser place à un hypothétique règlement amiable ;



Considérant qu'autant la résiliation du marché est définitive et irréversible, autant l'autorité contractante est, au sens de l'article 63 du Code des marchés publics, libre d'annuler tout ou partie d'une procédure de marché à condition d'avoir fait une demande d'autorisation motivée à la direction nationale du contrôle des marchés publics ;

Considérant qu'en l'espèce, la mise en veilleuse de la procédure par l'autorité contractante n'est nulle part prévue par la réglementation en vigueur ; que même en admettant qu'il s'agit d'une décision de ne pas donner suite à la demande de cotation sus-référencée, l'autorisation de l'organe national de contrôle des marchés publics requise préalablement n'est pas sollicitée et obtenue ; que dans ces conditions, la décision de ne pas donner suite à la procédure de marché du lot 1 A prise par l'autorité contractante est bien contraire à la disposition réglementaire précitée ;

Considérant au surplus qu'évoquer d'une part, que la « réattribution » du marché est à la phase d'approbation avant l'expiration du délai de recours à observer et d'autre part, que l'entreprise BECO Sarl a effectivement redémarré les travaux sur le chantier visité par le ministre des sports et des loisirs le 13 juin 2021 dénote de manière non équivoque de la volonté manifeste de ce ministère de se mettre en marge de la réglementation relative aux marchés publics ;

Considérant par ailleurs, que l'ex-titulaire du marché, l'entreprise BECO Sarl, étant par décision n° 007-2020/ARMP/CRD du 31 mars 2020, exclu par le Comité de règlement des différends de l'ARMP de toute participation à la commande publique pour une durée de trois (3) ans, soit du 31 mars 2020 au 30 mars 2023, le ministère des sports et des loisirs ne devrait même pas envisager une relation contractuelle avec cette dernière avant l'expiration de ladite période ;

Considérant qu'au regard de tout ce qui précède, il y a lieu de dire qu'en décidant d'annuler la résiliation du marché initial et en refusant par la même occasion de donner suite à la procédure du lot 1 A initiée en vue de la conclusion d'un contrat de substitution avec l'entreprise ENT Sarl, l'autorité contractante a méconnu la réglementation des marchés en vigueur ; qu'ainsi, le recours de la requérante est déclaré fondé.

DECIDE :

- 1) Déclare l'entreprise ENT Sarl recevable en son recours ;
- 2) Déclare fondé ledit recours ;
- 3) Dit que les décisions d'annulation de la résiliation du contrat initial avec l'entreprise BECO Sarl, de suspension de l'attribution du lot 1A de la demande de cotation à l'entreprise ENT Sarl et de réattribution dudit marché à l'entreprise BECO Sarl constituent des violations de la réglementation en vigueur des marchés publics ;



- 4) Ordonne, en conséquence, à l'autorité contractante de rapporter les décisions ci-dessus et de donner suite à la procédure du lot 1 A sus-indiqué de la demande de cotation CR n° 001/MSL/CABPRMP conformément à la réglementation relative aux marchés publics ;
- 5) Dit que la présente décision est immédiatement exécutoire nonobstant toutes voies de recours ;
- 6) Dit que le Directeur général par intérim de l'ARMP est chargé de notifier à l'entreprise ENT Sarl, au ministère des sports et des loisirs, 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



Konaté APITA



Abeyéta DJENDA