

# REPUBLIQUE TOGOLAISE

*Travail - Liberté - Patrie*



*Transparence - Equité - Développement*

## **AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS**

### **COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS**

**DECISION N° 101-2021/ARMP/CRD DU 03 DECEMBRE 2021  
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT  
EN FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DU GROUPEMENT  
ECOSAB/ ECOBA-K CONTESTANT LES RESULTATS PROVISOIRES  
DE L'APPEL D'OFFRES INTERNATIONAL (AOI)  
N° 094/MTP/CAB/SG/DGT/PRMP&DCRR DU 23 FEVRIER 2021 DU  
MINISTERE DES TRAVAUX PUBLICS RELATIF AUX TRAVAUX  
D'AMENAGEMENT, D'ASSAINISSEMENT ET DE BITUMAGE  
DE LA RUE TANDJOUARE ET RUES CONNEXES (1715 ML)  
A TOKOIN DOUMASSESE DANS LA VILLE DE LOME**

#### **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 ;

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 non référencée et datée du 10 novembre 2021 introduite par le groupement ECOSAB/ ECOBA-K, assisté de Maître Adama DOE-BRUCE, Avocat à la Cour et enregistrée le 11 novembre 2021 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 2848 ;

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

En présence de Madame Ayélé DATTI, Président et 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 non référencée et datée du 10 novembre 2021 et enregistrée le 11 novembre 2021 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 2848 , le groupement ECOSAB/ ECOBA-K, représenté par son conseil, Maître Adama DOE-BRUCE, Avocat à la Cour, a introduit un recours en contestation des résultats provisoires de l'appel d'offres international n° AOI 094/MTP/CAB/SG/DGTP/PRMP&DCRR du 23 février 2021 du ministère des travaux publics relatif aux travaux d'aménagement, d'assainissement et de bitumage de la rue Tandjouaré et rues connexes (1715 ml) à Tokoin Doumassésé dans la ville de Lomé.

### **SUR LA RECEVABILITE**

Considérant qu'il résulte de la combinaison des articles 122 et 125 du décret n° 2009-277/PR du 11 novembre 2009 portant code des marchés publics et délégations de service public que tout candidat ou soumissionnaire s'estimant injustement évincé des procédures de passation des marchés publics et délégations de service public peut introduire un recours effectif préalable à l'encontre des procédures et décisions rendues à l'occasion de la procédure de passation leur causant préjudice, devant la personne responsable des marchés publics ;

Que les décisions rendues au titre desdits articles peuvent faire l'objet de recours devant l'autorité de régulation des marchés publics dans un délai maximum de cinq (05) jours ouvrables à compter de la date de la notification de la décision faisant grief ;

Considérant qu'il résulte des faits que la Personne responsable des marchés publics du ministère des travaux publics a, par lettre n° 1648/MTP/CAB/SG/PRMP/CGMP du 25 octobre 2021, reçue le même jour, informé le groupement ECOSAB/ECOBA-K des résultats provisoires de la reprise de l'évaluation des offres de l'appel d'offres international susmentionné et corrélativement du rejet de son offre ;



Considérant que par lettre datée du 02 novembre 2021 adressée à la Personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante, le groupement ECOSAB/ ECOBA-K a contesté les résultats provisoires par un recours gracieux ;

Considérant que par lettre n° 1675/MTP/CAB/SG/PRMP/CGMP datée du 04 novembre 2021, la Personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante a rejeté le recours gracieux introduit comme non fondé ;

Que non satisfait, ledit groupement a, par lettre datée du 10 novembre 2021 et enregistrée le 11 novembre 2021, saisi le Comité de règlement des différends pour contester les résultats provisoires de cette procédure ;

Considérant que pour saisir le Comité de règlement des différends, le requérant dispose d'un délai maximum de cinq (5) jours ouvrables à compter du lendemain de la date de notification de la décision faisant grief ou en l'absence de réponse, de l'expiration du délai dans lequel l'autorité contractante aurait dû répondre ;

Que ce délai commence à courir à compter du 05 novembre 2021 à 00 heure pour expirer le 11 novembre 2021 à 23 heures 59 minutes ;

Considérant que le recours du groupement ECOSAB/ ECOBA-K daté du 10 novembre 2021 est enregistré le 11 novembre 2021 au secrétariat du CRD ; qu'en ayant introduit son recours avant l'expiration du délai prévu à l'article 125 du décret susvisé, le groupement ECOSAB/ ECOBA-K a agi dans le délai prescrit ;

Qu'en conséquence, il y a lieu de déclarer recevable le recours du groupement ECOSAB/ ECOBA-K ;

Par lettre n° 3802/ARMP/DG/DRAJ du 15 novembre 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 bordereau d'envoi n° 673/MTP/CAB/SG/PRMP/CGMP du 18 novembre 2021, reçu le même jour au secrétariat du CRD et enregistré sous le numéro 2886, la Personne responsable des marchés publics du ministère des travaux publics a fait parvenir à l'ARMP la documentation ainsi réclamée.

## **LES FAITS**

Le ministère des travaux publics a lancé, le 23 février 2021, l'appel d'offres international n° 094/MTP/CAB/SG/DGTP/PRMP&DCRR relatif aux travaux d'aménagement, d'assainissement et de bitumage de la rue Tandjouaré et rues connexes (1715 ml) à Tokoin Doumasséssé dans la ville de Lomé.

A la date limite de dépôt des offres fixée au 20 avril 2021, la Commission de passation des marchés publics dudit ministère a reçu et ouvert les offres présentées par douze (12) soumissionnaires dont le groupement ECOSAB/ ECOBA-K.

A l'issue de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a déclaré la société CRBC attributaire provisoire du marché pour un montant toutes taxes comprises d'un milliard huit cent trois millions huit cent soixante-cinq mille cent dix (1 803 865 110) francs CFA.

Après l'avis de non objection de la direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) donné par lettre n° 1682/MEF/DNCMP/DSMP&DAJ du 24 juin 2021 sur le rapport d'évaluation des offres, la Personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante a, par lettre n° 938/MTP/CAB/SG/PRMP/CGMP du 25 juin 2021 notifiée le même jour, informé les soumissionnaires des résultats provisoires relatifs à l'appel d'offres international susmentionné.

Faisant suite à une première saisine par le groupement CETA/MJRF CONSTRUCTION, le Comité de règlement des différends a, par décision n° 041-2021/ARMP/CRD du 21 juillet 2021, annulé les résultats provisoires et ordonné la reprise de l'évaluation des offres en demandant à l'autorité contractante de prendre en compte les garanties de soumission délivrées à plusieurs soumissionnaires par AFRICAN LEASE TOGO, un établissement financier à caractère bancaire agréé.

En application de la décision précitée, l'autorité contractante a repris l'évaluation des offres et a confirmé l'attribution provisoire du marché à la société CRBC pour le même montant.

Après l'avis de non objection de la direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) donné par lettre n° 2699/MEF/DNCMP/DSMP du 15 octobre 2021 sur le nouveau rapport d'évaluation des offres, la Personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante a, par lettre n° 1648/MTP/CAB/SG/PRMP/CGMP du 25 octobre 2021 notifiée le même jour au mandataire du groupement ECOSAB/ ECOBA-K, informé ledit groupement des résultats provisoires relatifs à l'appel d'offres international susmentionné et par la même occasion du rejet de son offre.

Non satisfait des motifs de rejet de son offre, ledit groupement, assisté de Me DOE-BRUCE, Avocat à la Cour, a saisi le Comité de règlement des différends pour contester les résultats provisoires issus de l'évaluation des offres.

### **LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS**

Le groupement ECOSAB/ ECOBA-K conteste les résultats provisoires du dossier d'appel d'offres susmentionné et soutient à l'appui de son recours :

- que le marché de référence similaire fourni et relatif aux travaux d'aménagement et de bitumage de 50 Km de voiries urbaines pour la commémoration du 11 décembre 2017 dans la ville de Gaoua au Burkina Faso a été signé au nom du groupement ECW/ECOSAB comme



l'atteste d'ailleurs le procès-verbal de réception définitive signé au nom dudit groupement ;

- que la question qui n'a pas été accessible à la personne responsable des marchés publics est de savoir si une entreprise qui participe à un groupement solidaire pour l'obtention et l'exécution d'un marché doit-elle être considérée comme une entreprise principale, un sous-traitant ou un ensemblier ;
- qu'il résulte des règles communautaires applicables à la commande publique que dès lors que le groupement est solidaire, il n'y a pas de distinction à faire entre entreprise principale et secondaire, les membres du groupement étant des co-entreprises principales et responsables chacune pour tout le marché vis-à-vis de l'autorité contractante ;
- que vouloir dénier la qualité d'entreprise principale à ECOSAB serait une dénaturation de la situation juridique créée par le groupement ECW/ECOSAB et acceptée comme tel par l'autorité contractante du Burkina Faso soumise elle aussi au respect de la Directive n° 04 de l'UEMOA ;
- que l'entreprise ECOSAB n'a jamais été sous-traitante au sens de la directive n° 04 de l'UEMOA ni d'assemblier, notion étrangère à cette directive ;
- que la PRMP, en désespoir de cause, a dénaturé les informations contenues dans le dossier de soumission qui sont destinées non pas à faire preuve de références similaires mais à démontrer la qualité de l'expérience professionnelle du personnel clé du marché et dont les noms figurent dans son dossier de soumission ;
- qu'en tout état de cause, le DAO dans ses critères de qualification n'ayant exigé qu'un (1) projet de nature et de complexité similaire au projet d'appel d'offres, le fait que le requérant a prouvé qu'il était co-entreprise principale pour les travaux justifie que son offre soit considérée comme conforme ;
- que sur le second grief, la PRMP ne peut avoir à la fois constaté que la liste du matériel proposé est conforme au minimum exigé et dans le même temps émettre des doutes non justifiés par aucun document d'expertise sur la fonctionnalité et les performances du matériel ;
- qu'à moins de démontrer qu'elle a procédé à un contrôle technique ou à une expertise du matériel de tous les onze (11) soumissionnaires, rien n'autorise la PRMP à soutenir dans le rapport d'analyse des offres que le matériel du groupement ECOSAB/ECOBA-K seul ne serait pas fonctionnel et performant pour les travaux à venir si le marché lui est attribué ;
- qu'il y a donc a priori une violation de l'article 2 de la loi sur les principes généraux de la transparence dans la procédure de passation des marchés, sur l'économie et l'efficacité et l'équité ;



- qu'au regard de tout ce qui précède, il estime avoir été injustement écarté de l'attribution du marché et demande au Comité de règlement des différends de le rétablir dans ses droits.

## **LES MOYENS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE**

Dans sa réponse au recours, l'autorité contractante soutient :

- que le groupe ECOSAB prétend avoir réalisé le marché de travaux d'aménagement et de bitumage des voiries urbaines pour la commémoration du 11 décembre 2017 dans la ville de Gaoua au Burkina Faso en qualité d'entreprise principale alors que c'est l'entreprise ECW de nationalité burkinabè, mandataire du groupement ECW/ECOSAB qui l'a en réalité exécuté en qualité d'entreprise principale ;
- que le requérant semble entretenir une confusion sur les observations formulées dans le PV d'attribution provisoire ;
- que la liste du matériel proposé, quand bien même est conforme au minimum exigé ne lui rassure pas quant à la performance et à la fonctionnalité des engins eu égard à la consistance des travaux à réaliser et en raison de leur année de mise en circulation dont la moyenne d'âge se situe autour de 30 ans ;
- qu'au regard de ce qui précède, elle demande au Comité de règlement des différends de bien vouloir déclarer non fondé le recours du groupement ECOSAB/ ECOBA-K.

## **OBJET DU LITIGE**

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur la satisfaction par le groupement ECOSAB/ ECOBA-K des critères de qualification relatifs au marché similaire en qualité d'entreprise principale et au matériel minimum requis par les dispositions du dossier d'appel d'offres.

## **EXAMEN DU LITIGE**

### **AU FOND**

- **Sur l'exigence de référence de marchés similaires de travaux en tant qu'entreprise principale**

Considérant que suivant la clause 3.2 a) de l'Annexe A des Critères de qualification, le candidat fournira la preuve d'avoir réalisé au cours des cinq (05) dernières années, en tant qu'entreprise principale au moins un (01) projet de nature et de complexité similaires au projet de l'appel d'offres référencé et dont la taille a une valeur d'au moins 0,5 fois le montant de l'offre du soumissionnaire ;



Qu'en application de cette exigence, le requérant ECOSAB/ ECOBA-K a fourni dans son offre plusieurs attestations de bonne fin d'exécution dont celle établissant que le groupement ECOSAB/ECW a réalisé le marché de travaux d'aménagement et de bitumage des voiries urbaines pour la commémoration du 11 décembre 2017 dans la ville de Gaoua au Burkina Faso ;

Considérant qu'au terme de l'évaluation des offres, l'autorité contractante dénie à l'entreprise ECOSAB le droit de se prévaloir de la qualité d'entreprise principale en se fondant sur le fait que c'est l'entreprise ECW, mandataire du groupement ECW/ECOSAB, qui a exécuté les travaux en qualité d'entreprise principale ; qu'il est ainsi constant au moins à première vue que l'autorité contractante admet que le marché référencé est exécuté par le groupement ECW/ECOSAB ;

Considérant qu'un groupement d'entreprises est le résultat d'un accord momentané créé entre elles pour élaborer une offre commune en réponse à un marché auquel elles ne pourraient soumissionner individuellement ; que chacune des entreprises membres dispose de la qualité de cotraitant ; qu'il s'agisse indistinctement de groupement solidaire ou conjoint, et contrairement à l'argumentaire du ministère des travaux publics, l'un des membres du groupement désigné comme mandataire, ne fait que représenter l'ensemble des membres vis-à-vis de l'autorité contractante ; que le statut de mandataire du groupement ne lui confère aucunement la qualité d'entreprise principale au détriment des autres membres du groupement ; que ce n'est en réalité que les cas de sous-traitance qu'il faut distinguer une entreprise principale d'une entreprise secondaire également désignée sous-traitante ;

Que toute distinction entre entreprise principale et entreprise secondaire que l'autorité contractante s'évertue à opérer n'est que l'expression d'une volonté malveillante de retenir coûte que coûte un élément de non-conformité pouvant justifier le rejet de l'offre du requérant ; que ce faisant, elle a fait une mauvaise application de la clause sus-visée du dossier d'appel d'offres ; qu'ainsi, la contestation du requérant sur ce motif de rejet de son offre est justifiée ;

➤ **Sur la conformité du matériel proposé au minimum exigé par le DAO**

Considérant que suivant le point 5 relatif au matériel, il y est indiqué que le soumissionnaire doit établir qu'il a en propriété ou en location les matériels énumérés en utilisant à l'appui le formulaire MAT de la section IV, formulaires de soumission, du DAO ; qu'en nota bene, il est également exigé que le soumissionnaire est tenu de joindre les pièces justificatives afférentes aux matériels proposés, notamment les cartes grises ou reçus d'achat ou attestation de location ;

Qu'en application de cette exigence, le groupement ECOSAB/ ECOBA-K a fourni les documents ci-dessus requis ; qu'à l'issue de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a relevé que le matériel proposé est conforme au

minimum exigé mais ne rassure pas quant à la performance et à la fonctionnalité des engins eu égard à la consistance des travaux à réaliser et en raison de leur année de mise en circulation dont la moyenne d'âge se situe autour de 30 ans ;

Considérant que cette conclusion apparaît assez surprenante en ce que le matériel est certes conforme mais ne rassure pas en tenant compte de leurs nombres d'années de mise en circulation ; qu'il ne fait aucun doute que l'autorité contractante s'est donnée la latitude de recourir, au cours de l'évaluation des offres, à de nouveaux critères non portés préalablement à la connaissance des candidats ; que ce critère d'ailleurs ne repose sur aucun fondement objectif sérieux ; qu'en insérant le point 5 précité dans le DAO, le ministère des travaux publics avait, sans aucun doute, estimé que la satisfaction par tout soumissionnaire de l'exigence de l'ensemble du matériel avec la preuve de propriété ou de possession suffit à établir qu'il est capable d'exécuter les travaux projetés ;

Que si les années de mise en circulation du matériel devraient être également des critères d'évaluation, il aurait fallu que l'autorité contractante l'inséra dans le dossier d'appel d'offres ; qu'en fondant sa conclusion sur la moyenne d'âge de mise en circulation des engins, la sous-commission d'analyse a manifestement violé le point 5 relatif au matériel du DAO ; qu'à la limite, l'autorité contractante a encore fait preuve d'une volonté, voire d'un acharnement à ne pas attribuer le marché au requérant ; qu'autant les offres ne sont pas évaluées suivant les règles de l'art, avec professionnalisme, qu'autant, les résultats provisoires de l'évaluation des offres donneront lieu à des contestations qui retardent à n'en point douter les procédures de passation des marchés publics et par ricochet l'absorption des crédits alloués pour la satisfaction des besoins de l'autorité contractante ;

Considérant qu'au regard de tout ce qui précède, il convient de déclarer le recours du groupement ECOSAB/ ECOBA-K fondé ;

Considérant cependant que par décision n° 097-2021/ARMP/CRD du 29 novembre 2021, le groupement ECOSAB/GLOBEX CONSTRUCTION a été exclu de toute participation à la passation des marchés publics ; qu'en exécution de ladite décision, le soumissionnaire ECOSAB/ ECOBA-K est disqualifié à se voir attribuer le marché devant découler de la procédure sus-référencée ; qu'ainsi, bien que le recours soit fondé, il n'y a pas lieu à reprendre l'évaluation des offres.

#### **DECIDE :**

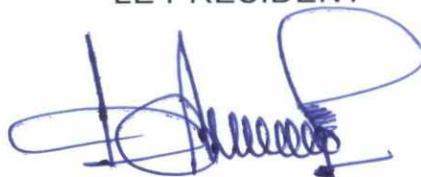
- 1) Déclare recevable le recours du groupement ECOSAB/ECOBA-K ;
- 2) Dit que le recours du groupement ECOSAB/ECOBA-K est fondé ;



- 3) Constate que le groupe ECOSAB est par décision n° 097-2021/ARMP/CRD du 29 novembre 2021 exclue de toute participation à la commande publique ;
- 4) En conséquence, dit qu'il n'y a pas lieu à ordonner la reprise de l'évaluation des offres ;
- 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 au groupement ECOSAB/ ECOBA-K, au ministère des travaux publics, 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**



**Abeyeta DJENDA**