**REPUBLIQUE TOGOLAISE**

***Travail-Liberté-Patrie***

**AUTORITE DE REGULATION DE LA COMMANDE PUBLIQUE**

---

**COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS**

---

# DELIBERATION N° 006-2023/ARCOP/CRD DU 09 MAI 2023 DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS SUR LE RAPPORT D'INVESTIGATION PORTANT SUR DES IRREGULARITES DENONCEES DANS LE CADRE DE L'APPEL D'OFFRES AVEC PRE-QUALIFICATION N° 001/2022/PG/CG5/CTMP-PRMP DU 28 NOVEMBRE 2022 RELATIF A LA DELEGATION DE SERVICE PUBLIC POUR LA COLLECTE ET LA GESTION DES ORDURES MENAGERES DANS LA COMMUNE GOLFE 5

## LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS,

Vu la loi n° 2021-033 du 31 décembre 2021 relative aux marchés publics ;

Vu la loi n° 2021-034 du 31 décembre 2021 relative aux contrats de partenariat public-privé ;

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 le décret n° 2022-063/PR du 11 mai 2022 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

Vu le décret n° 2022-065/PR du 11 mai 2022 portant modalités de mise en œuvre des procédures de passation et d'exécution des contrats de partenariat public-privé ;

Vu le décret n° 2022-080/PR du 06 juillet 2022 portant code 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° 003/2012/ARMP/CR du 03 janvier 2012 portant nomination des membres du Comité de règlement des différends (CRD) ;

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

Vu les dénonciations datées des 29 et 30 septembre et du 09 décembre 2022 et enregistrées les 30 septembre, 03 octobre et 09 décembre 2022 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous les numéros 1849,1855 et 2234 ;

Vu le rapport d'investigation portant sur des faits ci-dessous résumés et adopté ce jour ;

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

Adopte la présente délibération conformément à la loi ;

**LES FAITS**

L'Autorité de régulation de la commande publique (ARCOP) a été saisie de trois (03) dénonciations dont deux anonymes et une émanant du consortium des entreprises EMERAUDE SARL. Ces dénonciations sont relatives aux irrégularités que leurs auteurs déclarent avoir constatées dans le cadre de l'appel d'offres n° 001/2022/PG/CG5/CTMP-PRMP du 28 novembre 2022 portant sur la délégation de service public pour la collecte et la gestion des déchets solides urbains dans la commune Golfe 5.

En effet, les dénonciateurs ont indistinctement souligné que l'objet de la délégation de service public envisagée inclut la gestion des ordures alors que cette prérogative incombe au District Autonome du Grand Lomé (DAGL) et à l'Agence nationale d'assainissement et de salubrité publique (ANASAP).

Ils ont poursuivi pour déplorer d'une part, que le délai imparti pour le dépôt des offres est de quinze (15) jours en méconnaissance de la réglementation des marchés publics et d'autre part, que la durée de la délégation fixée à dix (10) ans est excessive et menace la survie des autres prestataires de collecte d'ordures alors que la durée d'une délégation de service public est d'un (01) an renouvelable une fois.

Les auteurs des dénonciations ont exposé que même si la durée de la délégation est de 10 ans, les trois (03) ans qui restent au titre du mandat des élus locaux ne rassurent pas relativement à un retour sur investissement d'autant plus que le délégataire retenu pourra être remplacé par un autre si l'actuel exécutif municipal n'est pas reconduit à l'issue des prochaines élections municipales.
Par ailleurs, les dénonciateurs ont souligné que le matériel roulant requis dans le dossier d'appel d'offres (DAO), notamment les bennes tasseuses et les camions ampliroll est exorbitant et n'est pas adapté au regard de l'objet de la délégation de service public. Ils ont expliqué que ce matériel n'est exigé que dans le cadre de la collecte faite des dépotoirs intermédiaires vers le centre d'enfouissement technique d'Aképé (collecte directe) alors qu'en l'espèce, il s'agit de la collecte des ménages et entreprises vers les dépotoirs intermédiaires (pré-collecte).

Les dénonciateurs ont relevé que l'autorité délégante n'a pas fixé dans le DAO le montant prévisionnel du marché alors qu'elle a indiqué que le montant de la garantie de soumission est de 75 000 000 de francs CFA.

En outre, les dénonciateurs ont déploré le caractère imprécis de la clause de reconduction de la convention de délégation qui indique que le renouvellement de celle-ci se fera soit par tacite reconduction soit à la suite d'un nouvel appel d'offres.

Ils ont également signalé que le DAO a exigé, s'agissant des conducteurs de camions, la production des permis de conduire de catégorie B au lieu de ceux de catégorie C au regard du matériel roulant requis.

Dans un autre registre, l'un des dénonciateurs a exposé que la PRMP se trouve en situation de conflit d'intérêts en ce qu'elle a une préférence pour le candidat VILLE PROPRE POUR TOUS qu'elle représente lors des séances de travail entre la commune et les pré-collecteurs d'ordures.

Enfin, il est reproché à la commune Golfe 5 de n'avoir pas initié des discussions avec les pré-collecteurs de la commune avant le lancement de la délégation afin de préserver la paix sociale en répartissant le marché en quatre (04) lots ou en quatre (04) zones.

## AUDITION DE MADAME BALI Hombabe, PERSONNE RESPONSABLE DES MARCHES PUBLICS DE LA COMMUNE GOLFE 5

Madame BALI a déclaré que relativement à la délégation de service public concernée, la phase de préqualification s'est achevée avec la sélection des sociétés ANANDA et VILLE PROPRE POUR TOUS et qu'à la date de son audition, la phase d'appel d'offres est en cours. Elle a souligné, au sujet de l'objet de la délégation, que le travail attendu des prestataires est la pré-collecte d'ordures ménagères dans la commune.

La PRMP a exposé que le délai imparti pour le dépôt des offres était de deux (02) semaines, mais que suite à une demande de prorogation dudit délai émise par un candidat préqualifié, la commune a ajouté un délai supplémentaire de deux (02) semaines. Interpellée sur l'irrégularité du délai total accordé, la PRMP a indiqué qu'elle ignore que le délai réglementaire de dépôt des offres en matière de délégation de service public est de quarante-cinq (45) jours calendaires minimum.

S'agissant du matériel roulant requis dans le DAO, la PRMP a déclaré qu'il est celui habituellement utilisé dans le cadre de la collecte d'ordures ménagères tout en précisant l'avoir déterminé avec le concours du DAGL. La susnommée a poursuivi qu'en matière de pré-collecte d'ordures ou de collecte directe, le matériel roulant requis dans le dossier est toujours sollicité et qu'il est approprié au regard des prestations attendues.

En ce qui concerne l'exigence de production de permis de conduire de catégorie B, madame BALI a reconnu qu'il s'agit plutôt de permis de catégorie C avant d'ajouter que la rectification de cette erreur matérielle a été notifiée, par lettres, aux candidats préqualifiés.

La PRMP a souligné que la durée de la délégation de service public projetée est de dix (10) ans et qu'elle est, suivant le dossier type d'appel d'offres utilisé à cet effet, comprise entre 07 et 12 ans. Elle a poursuivi que suivant le dossier d'appel d'offres, le renouvellement de cette délégation se fera soit par tacite reconduction soit par un nouvel appel à la concurrence.

Par ailleurs, la PRMP a indiqué que la grille tarifaire et l'estimation du nombre de ménages et de structures commerciales fournies dans le DAO permettent aux soumissionnaires de déterminer le montant de la redevance à percevoir auprès des usagers.

Enfin, la PRMP a soutenu qu'elle ne se reconnait pas dans les faits de conflit d'intérêts qui lui sont reprochés suivant lesquels elle représente l'entreprise VILLE PROPRE POUR TOUS lors des réunions organisées par la commune pour échanger avec les pré-collecteurs d'ordures.

## DISCUSSIONS

### ❖ Sur l'objet de l'appel d'offres concerné

Considérant qu'il est reproché à l'appel d'offres dont s'agit d'avoir pour objet la collecte et la gestion des ordures ménagères dans la commune Golfe 5 alors que la fonction de gestion des déchets est dévolue à l'Agence nationale d'assainissement et de salubrité publique (ANASAP) et au District autonome du Grand Lomé (DAGL) et non aux communes ;

Considérant que suivant le point 2 de l'avis d'appel public à candidature du dossier de préqualification et le point 1.1 du cahier des clauses techniques du dossier d'appel d'offres mis à la disposition des candidats, il est indiqué que la commune sollicite des prestataires pour effectuer, entre autres, la collecte des déchets urbains en porte à porte sur le périmètre de la commune et le transport de ces déchets vers une décharge publique ;

Considérant qu'il résulte de ces dispositions que la mission attendue du prestataire à recruter est de procéder à la collecte d'ordures ménagères auprès des ménages et de les transporter à la décharge publique qui ne peut qu'être réduite au dépotoir intermédiaire ; qu'au sens de l'article 4 de la loi n° 2019-018 du 15 novembre 2019 portant attributions et fonctionnement du District Autonome du Grand Lomé, la gestion des déchets ménagers et assimilés au Centre d'enfouissement technique d'Aképé relève de la compétence du DAGL ; qu'ainsi, contrairement aux allégations du dénonciateur, le titulaire du marché à conclure n'aura pas pour mission de procéder à la fois à la collecte des ordures et à leur transport du dépotoir intermédiaire vers la décharge finale d'Aképé ;

Qu'en tout état de cause, le grief ci-dessus relevé par les dénonciateurs à l'encontre de la procédure de passation dont s'agit ne saurait prospérer ;

❖ **Sur le délai de réception des offres**

Considérant que les dénonciateurs ont indiqué que la durée de quinze (15) jours fixée dans le DAO pour la remise des offres n'est pas conforme à la réglementation relative à la commande publique ;

Suivant l'article 20 du décret n° 2022-065/PR du 11 mai 2022 portant modalités de mise en œuvre des procédures de passation et d'exécution des contrats de partenariat public-privé « le délai de réception des offres ne peut être inférieur à quarante-cinq (45) jours calendaires pour les contrats de partenariats public-privé à compter de la date de publication de l'avis de publicité préalable ou de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner » ; qu'il s'induit que l'autorité délégante a méconnu les dispositions de l'article 20 précité ;

Que toutefois, tenant compte de la réaction des soumissionnaires et de celle de l'ARCOP, l'autorité contractante a augmenté le délai de dépôt des offres en le portant à 46 jours calendaires ; qu'ainsi, dès lors que la commune Golfe 5 s'est conformée au délai réglementaire édicté par l'article 20 précité, il y a lieu de dire que l'irrégularité liée au délai de dépôt des offres est corrigée ;

❖ **Sur l'imprécision de la clause de reconduction de la délégation de service public à son titulaire**

Aux termes de la clause 11 de la section IV du DAO intitulée Programme fonctionnel détaillé « Si les circonstances le justifient et à la seule discrétion de l'autorité délégante, une procédure de renouvellement de la convention peut être entamée dans le respect de la réglementation en vigueur. Les prestations feront l'objet d'une convention d'affermage d'une durée de dix (10) ans renouvelable une fois » ;

Qu'interpellée sur les modalités du renouvellement de la convention, la PRMP a répondu que suivant le point 11 précité, ledit renouvellement se fera soit par tacite reconduction soit à la suite d'un nouvel appel d'offres ;

Qu'à la lumière de cette explication, il convient de dire que ladite clause est véritablement source d'insécurité juridique pour le futur délégataire en ce qu'il ne précise aucunement les conditions dans lesquelles se fera la reconduction tacite ou le lancement d'un nouvel appel d'offres ;

Qu'en tout état de cause, la clause de reconduction de la délégation de service public demeure imprécise ; qu'il est demandé à l'autorité délégante d'y remédier en la clarifiant davantage ;

❖ **Sur le caractère excessif du matériel exigé dans le DAO**

Considérant que contrairement aux allégations des dénonciateurs suivant lesquelles le matériel roulant exigé est exorbitant et inadapté à l'objet de la délégation, la PRMP objecte que ledit matériel est autant approprié pour la pré-collecte d'ordures que pour la collecte directe ; que de plus, elle a soutenu avoir bénéficié de l'expertise du DAGL dans l'élaboration de la liste dudit matériel ;

Qu'il est de règle que l'autorité délégante détermine ses besoins et les moyens de les satisfaire, ce que la PRMP défend avoir effectué avec l'aide du DAGL ;

Qu'en revanche, les dénonciateurs qui estiment que le matériel exigé est exorbitant ne démontrent pas l'inadéquation qu'ils évoquent en lien avec les prestations envisagées ;

Qu'ainsi, jusqu'à preuve du contraire, le matériel roulant exigé dans le DAO est supposé être en adéquation avec la réalisation des prestations dont s'agit ;

❖ **Sur la durée de la délégation de service public et l'impossibilité de retour sur investissement**

Considérant qu'outre les marchés publics, tous les autres types de contrats de la commande publique y compris l'affermage qui nécessitent des investissements de la part du partenaire privé induit un délai suffisant en lien avec l'ampleur des investissements effectués dans le but d'assurer leur amortissement ;

Considérant qu'aux termes de l'article 8 alinéa 3 de la loi n° 2021-034 relative aux contrats de partenariat public-privé « L'affermage ne peut être conclue pour une durée supérieure à quinze (15) ans » ; que le délai de 10 ans fixé par l'autorité délégante dans le dossier est conforme à celui édicté par l'article précité ;

Considérant que les dénonciateurs ont exposé que trois (03) ans qui restent aux élus locaux pour boucler leur mandat ne garantit nullement un retour sur investissement dans la mesure où rien n'est certain que l'actuel conseil municipal sera reconduit à l'issue des prochaines élections municipales ;

Qu'il résulte du modèle-type de contrat d'affermage de service public adopté par l'ARCOP que la résiliation volontaire anticipée à la seule initiative de l'une des parties n'est pas permise et qu'à défaut d'accord entre les parties, la résiliation ne pourra intervenir que pour justes motifs et devra être prononcée par une décision juridictionnelle ;

Que ceci étant, même au cas où l'actuel conseil municipal venait à être remplacé à l'issue des futures élections par un nouveau conseil municipal, ce dernier ne saurait, sans violer les clauses de la convention d'affermage, la résilier unilatéralement et de façon arbitraire ;

Considérant que dans un autre registre, un nouvel exécutif ne saurait se départir d'une convention signée par l'ancien exécutif étant donné que dans l'administration, les engagements, notamment les contrats ou conventions conclues par des anciens responsables engagent les nouveaux dirigeants au nom du principe de la continuité du service public ;

Qu'au regard de ce qui précède, les argumentaires développés par les dénonciateurs sur la durée de la délégation et sur l'impossibilité du retour sur investissement souffrent d'un manque de consistance ;

❖ **Sur la détermination du montant de la redevance à collecter auprès des usagers**

Considérant que les dénonciateurs ont relevé que le DAO ne comporte pas de données sur la population de la commune permettant aux candidats de formuler le prix de la redevance à collecter auprès des usagers ;

Considérant que l'analyse du DAO a permis de constater que les informations relatives à la grille tarifaire et à l'estimation du nombre de ménages et de structures commerciales sont indiquées à l'annexe 1 du Cahier des clauses techniques pour permettre aux candidats préqualifiés de proposer le montant de la redevance à percevoir auprès des usagers ;

Que par conséquent, en ne rapportant pas la preuve d'insuffisance de données visant à déterminer le montant de la redevance, le grief susmentionné des dénonciateurs ne saurait être retenu ;

❖ **Sur l'absence du montant prévisionnel de la délégation de service public concernée**

Considérant que dans leurs dépositions, les dénonciateurs ont exposé que l'autorité délégante a fixé dans le DAO le montant de la garantie de soumission à soixante-quinze millions (75 000 000) de francs CFA sans avoir indiqué le montant prévisionnel du marché alors que suivant l'article 85 du décret n° 2009-277/PR du 11 novembre 2009 portant Code des marchés publics et délégations de service public, le montant de la garantie de soumission doit être compris entre un (01) et (03) pour cent du montant prévisionnel du marché ;

Considérant que l'examen du dossier révèle que contrairement à l'assertion des dénonciateurs, le montant de la garantie bancaire de soumission est d'un million (1 000 000) de francs CFA tandis que soixante-quinze millions (75 000 000) de francs CFA représente le montant de la capacité financière exigée dans le DAO ;

Considérant que l'analyse du PPM de l'année 2022 de la commune Golfe 5 validé par la Direction nationale du contrôle de la commande publique (DNCCP) révèle qu'effectivement aucun montant n'est inscrit au titre du montant prévisionnel de la délégation de service public pour la collecte d'ordures ménagères ;

Que ce constat est compréhensible dans la mesure où dans le cadre de la délégation de service public projetée, le délégataire retenu sera directement rémunéré par les usagers du service qu'il fournit et non par l'autorité délégante ; que tenant compte d'un ensemble d'éléments aléatoires tels que le nombre fluctuant des usagers, il est quasi impossible de déterminer avec précision le montant prévisionnel des prestations dans le cadre d'une délégation de service public qui induit un risque d'exploitation pour le fermier ;

Qu'en outre, la garantie de soumission requise en l'espèce par l'autorité délégante est un emprunt des modalités de passation des marchés publics ; que cette exigence se comprend étant donné que la garantie de soumission n'a pour rôle que de sanctionner les auteurs de retrait des offres dans leur délai de validité ou de refus de signer les marchés ;

Que de tout ce que dessus, les contestations élevées par les dénonciateurs au sujet de l'absence du montant prévisionnel de la délégation de service public envisagée et du montant de la garantie de soumission sont inopérantes ;

- **Sur le défaut de transparence de la procédure et les faits de conflit d'intérêts reprochés à la PRMP**

Considérant que le dénonciateur a exposé que la procédure envisagée est une farce pour attribuer les prestations à l'entreprise VILLE PROPRE POUR TOUS qui s'est auparavant vue confier la pré-collecte d'ordures en dehors des procédures de marchés publics ;

Qu'au sujet des faits d'attribution irrégulière de marché évoqués par le dénonciateur, il convient de dire que ces faits sont constitués suivant les conclusions de la délibération n° 015-2022/ARMP/CRD du 24 octobre 2022 du Comité de règlement des différends ; toutefois, le maire a mis fin à cette irrégularité en résiliant en date du 02 août 2022 le contrat signé avec l'entreprise VILLE PROPRE POUR TOUS ; que cette procédure a été reprise ; qu'ainsi, la transparence de la procédure sollicitée par le dénonciateur ne passe ni par le remplacement de la PRMP ni par l'exclusion de l'entreprise VILLE PROPRE POUR TOUS ;

Considérant que le dénonciateur estime que l'entreprise VILLE PROPRE POUR TOUS a été favorisée au détriment des autres candidats alors que la PRMP a formellement réfuté les faits de conflit d'intérêts qui lui sont reprochés ; que de plus, aucun élément du dossier ne permet d'étayer ce grief ;

Qu'en tout état de cause, les récriminations du dénonciateur relatives à la transparence de la procédure et aux faits de conflit d'intérêts reprochés à la PRMP sont injustifiées ;

- **Sur le défaut de consultation des prestataires de pré-collecte d'ordures avant le lancement de la procédure concernée**

Considérant qu'il est également reproché à la commune Golfe 5 de n'avoir pas consulté les entreprises de pré-collecte de déchets dans la zone couverte par les prestations pour recueillir leurs avis et suggestions avant le lancement de la procédure concernée ;

Qu'il convient de souligner que la réglementation relative aux contrats de partenariat public-privé ne fait nullement obligation aux autorités délégantes de consulter les prestataires avant le lancement d'une procédure de délégation de service public ;

Que de surcroît, l'examen de la loi n° 2019-006 du 26 juin 2019 relative à la décentralisation et aux libertés locales a permis de constater qu'aucune des clauses portant sur les compétences de la commune ne contraint celle-ci à préalablement discuter avec les prestataires avant le déroulement d'une délégation de service public ;

Qu'au demeurant, le grief sus-exposé retenu à l'encontre de l'autorité délégante ne saurait prospérer ;

**DECIDE** :

1- Dit que les griefs des dénonciateurs relatifs à l'objet de l'appel d'offres, à la durée de la délégation de service public, au caractère exorbitant du matériel roulant requis dans le DAO, à l'impossibilité de retour sur investissement, à la détermination du montant de la redevance, à l'absence du montant prévisionnel des prestations, à l'exigence de la garantie de soumission, aux faits de conflit d'intérêts reprochés à la PRMP et au défaut de consultation des pré-collecteurs d'ordures avant le lancement de la délégation de service public sont injustifiés ;

2- Dit que les dénonciations ne sont pas fondées ;

3- Demande à la commune Golfe 5 de clarifier suffisamment la clause relative au renouvellement de la convention de la délégation de service public ;

4- Dit que le Directeur général par intérim de l'Autorité de régulation de la commande publique (ARCOP) est chargé de notifier au consortium des entreprises EMERAUDE SARL et à la commune Golfe 5, la présente délibération qui sera publiée.

**LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS (CRD)**

LE PRESIDENT

**Madame Ayélé DATTI**

LES MEMBRES

**Konaté APITA**

**Abeyeta DJENDA**