



PRIMATURE

Autorité de Régulation des Marchés Publics

A.R.M.P.

Comité de Règlement des Différends

RPPP : 04/REC/ARMP/2022

Le groupement ENERLOG

C/ Le Ministère des Ressources Hydrauliques
et Electricité

DECISION N°18/22/ARMP/CRD DU 03 JUIN 2022 DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS DE L'AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS STATUANT EN COMMISSION DES LITIGES SUR LE RECOURS DU GROUPEMENT ENERLOG CONTRE LA DECISION D'ATTRIBUTION PROVISoire RELATIVE AU MARCHE N° MIN.RHE/CGPMP/02/GHY/2022 (RECRUTEMENT D'UN INVESTISSEUR PRIVE CHARGE DE LA CONCEPTION, DU DEVELOPPEMENT FINANCEMENT, DE LA CONSTRUCTION, DE L'EXPLOITATION, DE LA GESTION, L'ENTRETIEN ET DE LA MAINTENANCE DE LA CENTRALE HYDRAULIQUE DE N'ZILO 2 SUR LA RIVIERE LUALABA).

EN CAUSE :

LE GROUPEMENT ENERLOG

Adresse : Avenue colonel Lukusa 50, Immeuble Horizon dans la Commune de la Gombe, Ville de Kinshasa, RDC

Ci-après dénommée PARTIE REQUERANTE

CONTRE :

LE MINISTERE DES RESSOURCES HYDRAULIQUES ET ELECTRICITE

Adresse : building de la REGIDESO 15ème niveau, 5963 boulevard du 30 juin Commune de la Gombe, ville de Kinshasa, RDC

E-mail : rdc.min.rhe@gmail.com

Ci-après dénommée AUTORITE CONTRACTANTE

1. RESUME DES FAITS

Le Ministère des Ressources Hydrauliques et Electricité a publié en date du 30 novembre 2020 un appel à manifestation d'intérêts relatif au recrutement en vue de l'attribution d'une concession de service public d'électricité d'un investisseur privé chargé de la conception, du développement, du financement, de la construction, de l'exploitation, de la gestion, de l'entretien, et de la maintenance de la centrale hydroélectrique de N'ZILO 2 sur la rivière LUALABA dans la province du LUALABA, en République Démocratique du Congo.

Le Groupement ENERLOG a, dans le cadre d'un protocole d'accord de consortium, soumis à la Cellule de Gestion des Projets et des Marchés publics du Ministère une candidature dans le cadre de cet appel à manifestation d'Intérêt.

C'est ainsi que l'avis à manifestation d'intérêt précité, l'Autorité Contractante a lancé un appel à proposition n°001/MRH-CGPMP/AOI/200 en janvier 2021.

Par sa lettre référencée n°CAB-MIN/RHE/SP/GHY/109/2022 du 5 février 2021, le consortium et son partenaire ont été pré-qualifiés et invités à participer à la phase d'appel à proposition n°001/MRHE-CGPMP/AOI/2020 afin de soumettre une offre pour le 25 mars 2021.

Le 25 mars 2021, la Requérante a déposé trois offres et a assisté à la séance d'ouverture des offres à la Cellule de Gestion des Projets et des Marchés Publics du Ministère des Ressources Hydrauliques et Electricité.

Par sa lettre référencée n°CAB-MIN/RHE/SP/247/2022 du 18 avril 2022, l'Autorité Contractante a notifié à cette dernière la décision d'attribution provisoire du marché et invité à la négociation des termes du contrat de concession de service Public.

L'Autorité Contractante a publié en date du 19 avril 2022, la décision n°MIN.RHE/CGPMP/02/GHY/2022, attribuant provisoirement au Groupement LUALABA POWER SA, le marché relatif au recrutement en vue de l'attribution d'une concession de service public d'électricité d'un investisseur privé chargé de la conception, du développement, du financement, de la construction, de l'exploitation, de la gestion, de l'entretien et de la maintenance de la centrale hydroélectrique de N'ZILO 2 sur la rivière LUALABA dans la province du même nom, en RDC pour un montant total de USD 470 000 000, 00 (Dollars américains quatre cent septante millions).

Le groupement LUALABA POWER SA a également déposé une soumission dans le cadre de l'appel à proposition n°001/MRH-CGPMP/AOI/2020.

L'ouverture des plis des soumissions a eu lieu, conformément au procès-verbal en date du 25 mars 2022.

La décision d'attribution provisoire du marché au groupement LUALABA POWER SA a eu lieu, selon le procès-verbal du 25 mars 2022 à l'issue de la réunion de la Commission de Passation des Marchés publics.

Un avis de non objection a été émis par Décision de la Direction Générale du Contrôle des Marchés Publics (DGCMP) n°0578/DGCMP/DG/DCP/D5/MLK/2022 du 13 avril 2022 suivant le rapport d'évaluation de la proposition financière.

Par sa lettre référencée ENERLOG/2022/001 du 22 avril 2022, la Requérante a introduit un recours gracieux auprès de l'Autorité Contractante en réservant une copie à l'ARMP, contre la décision d'attribution provisoire à cause des irrégularités qui entache la procédure d'attribution.

Y faisant suite, par sa lettre référencée 912/ARMP/DG/DREG/DREC/GST/2022 du 18 mai 2022, l'ARMP a informé l'Autorité Contractante de la suspension de la procédure d'attribution définitive du contrat de Partenariat Public Privé s'y rapportant du fait de l'introduction du recours gracieux.

Suite au silence de l'Autorité Contractante à son recours gracieux, par sa lettre référencée ENERLOG/2022/002 du 3 mai 2022, la Requérante a introduit un recours en appel à l'ARMP, contre la décision d'attribution provisoire du marché susmentionné.

Par sa lettre n° 912 /ARMP/DG/DREG/DREC/GST/2022 du 18 mai 2022, l'ARMP a demandé à l'Autorité Contractante de lui transmettre son mémoire en réponse ainsi que les éléments ci-après :

- L'Avis de Non Objection de l'ARMP sur le dossier de préqualification ;
- Une copie du dossier de l'appel à proposition n°001/MRH-CGPMP/AO/2020 ;
- Une copie du rapport d'analyse des offres ;
- Une copie de l'offre de la Requérante ;
- Une copie de l'offre de l'attributaire provisoire ;
- L'Avis de Non Objection de l'ARMP sur le rapport d'évaluation de ce marché.

A ce jour, l'Autorité Contractante n'a réservé aucune réponse aux deux lettres lui adressées par l'ARMP.

2. ANALYSE

2.1 SUR LA RECEVABILITE

Aux termes de l'article 107 de la Loi n°18/016 du 09 juillet 2018 relative au Partenariat Public-Privé, *Tout candidat ou soumissionnaire, qui s'estime illégalement évincé des procédures de passation de contrat de partenariat public-privé, peut introduire une réclamation auprès de l'Autorité contractante. La décision de cette dernière peut être contestée devant l'Autorité de Régulation de Marchés Publics.*

L'article 108 de la Loi précitée poursuit : « *La réclamation est introduite, sous peine d'irrecevabilité, soit par lettre avec accusé de réception, soit par tout autre moyen de communication électronique, dans les 8 jours ouvrables de la publication de la décision d'attribution provisoire du contrat de partenariat public-privé ou au plus tard 8 jours ouvrables précédant la date prévue pour le dépôt de la candidature ou la soumission. Elle est suspensive de la procédure d'attribution définitive.*

L'Autorité contractante répond dans les 15 jours ouvrables de la réception de la réclamation. L'Autorité de Régulation des Marchés Publics répond dans les 20 jours ouvrables de sa saisine ».

Aux termes des dispositions légales et réglementaires susvisées, il se dégage que les conditions de recevabilité reposent sur la qualité de candidat ou de soumissionnaire dans le chef de la Requérante, l'existence d'un recours gracieux fait auprès de l'Autorité Contractante et d'un recours en appel introduit par une lettre avec accusé de réception à l'ARMP, dans les délais requis.

Les faits ci-hauts évoqués renseignent que :

La Requérante est bel et bien soumissionnaire ayant déposé sa demande de pré qualification suite à l'avis lancé par l'Autorité Contractante ;

Par sa lettre référencée ENERLOG/2022/001 du 22 avril 2022, la Requérante a introduit un recours gracieux auprès de l'Autorité Contractante en réservant une copie à l'ARMP, contre la décision d'attribution provisoire ;

Par sa lettre référencée ENERLOG/2022/001 du 05 mai 2022, la Requérante a saisi l'Autorité de Régulation des Marchés Publics d'un recours en appel.

Nonobstant les dispositions légales susmentionnées, la Requérante avait huit jours ouvrables pour introduire son recours gracieux auprès de l'Autorité Contractante. L'Autorité Contractante avait 15 jours pour lui répondre. Or, son recours a été introduit à l'ARMP en date du 05 mai 2022 par sa lettre référencée ENERLOG/2022/001, soit dans le délai légal.

Ce recours sera déclaré recevable.

2.2 FONDEMENT DU RECOURS

2.2.1 L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits ci-haut évoqués, que le litige porte sur la contestation de la Requérante de la décision d'attribution provisoire du marché relatif au recrutement d'un investisseur privé chargé de la conception, du développement, du financement, de la construction, de l'exploitation, de la gestion, de l'entretien et de la maintenance de la centrale hydraulique de N'ZILO 2 portant le numéro MIN.RHE/CGPMP/02/GHY/2022.

2. ANALYSE DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS (CRD)

Le Comité de règlement des différends, après computation et analyse des éléments à sa disposition, constate ce qui suit :

Au regard de l'article 3 de la loi sur les PPP dans son alinéa 3, qui stipule que : « *...le contrat de Partenariat porte sur une mission globale de financement d'une infrastructure, sa conception, sa construction, son exploitation, son entretien à charge du partenaire privé* », en ce qui concerne le dossier sous examen, il s'agit d'un projet de Partenariat Public Privé et non d'un marché public simple d'autant plus qu'il s'agit ici, **d'un projet de mission globale de financement, de la conception, du développement, de la construction, de l'exploitation, de la gestion, de l'entretien, et de la maintenance de la centrale hydroélectrique de N'ZILO 2 sur la rivière LUALABA dans la province du LUALABA, en République Démocratique du Congo.**

- Au terme de l'article 4, al 1, 1^{er} tiret du décret n°10/21 du 02 juin 2010 portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics : « l'ARMP a pour mission d'assurer, en République Démocratique du Congo, la

- régulation du système de passation des marchés publics et des conventions de délégations de service public (partenariat public-privé).
- L'article 5, 3ème tiret du décret précité précise : « Au titre de dispositif légal et réglementaire des marchés publics, l'ARMP est chargée notamment de veiller, par ses avis et recommandations, à l'application de la réglementation et des procédures relatives à la passation des marchés publics et délégations de service public ».
 - L'article 11, alinéa 2 du Décret n°10/22 du 20 juin 2010 portant Manuel de procédures de la loi relative aux marchés publics, affirme : « en tant qu'autorité de régulation des marchés publics, **l'ARMP supervise tout le système de passation des marchés publics et délégation des service public** ».
 - L'Article 17 de la loi n°18/016 du 09 juillet 2018 relative au partenariat public-privé dispose que : *Le cadre institutionnel du partenariat public-privé est constitué des institutions et organismes chargés de la conception du plan de développement national et de la gestion des investissements, de conseil, de conclusion, d'approbation, de régulation et de contrôle des partenariats publics-privés.* Il comprend :
 - le pouvoir central, la province et l'entité territoriale décentralisée ;
 - l'Autorité contractante ;
 - l'Etablissement public ;
 - **l'Autorité de régulation des marchés publics ;**
 - l'Autorité approbatrice ».
 - L'Article 21 de la loi n°18/016 du 09 juillet 2018 relative au partenariat public-privé dispose que : la régulation et le contrôle a priori et a posteriori de la procédure de conclusion du partenariat public-privé sont assurés par l'ARMP ».

Ainsi donc, au regard de l'article 17 susmentionné, la DGCMP n'est pas citée comme l'un des organes d'administration des contrats de partenariat public-privé.

Par conséquent, de par la loi, elle est incompétente pour donner un avis de non objection sur une matière dont elle n'a ni compétence ni qualité. Les compétences étant d'attribution, son avis de non objection doit être déclarée nul pour défaut de compétence.

Se fondant sur l'article 21, en matière de partenariat public privé, seule l'ARMP accorde des avis de non objection, les dérogations et les autorisations nécessaires. Tout avis de non objection, toute dérogation ou toute autorisation spéciale venant d'un organe autre que l'ARMP est nul et de nul effet.

L'Article 21, alinéa 2 de la loi n°18/016 du 09 juillet 2018 relative au partenariat public-privé dispose que : la gestion de contentieux d'attribution ou d'exécution des contrats de partenariat public-privé est assurée par le Comité de règlement de différends de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics ».

L'Article 107 et 108 de la même loi affirment :

Article 107 : « *Tout candidat ou soumissionnaire, qui s'estime illégalement évincé des procédures de passation de contrat de partenariat public-privé, peut introduire une réclamation auprès de l'Autorité contractante. La décision de cette dernière peut être contestée devant l'Autorité de Régulation de Marchés Publics* ».

Article 108 : « *La réclamation est introduite, sous peine d'irrecevabilité, soit par lettre avec accusé de réception, soit par tout autre moyen de communication électronique, dans les 8 jours*

ouvrables de la publication de la décision d'attribution provisoire du contrat de partenariat public-privé ou au plus tard 8 jours ouvrables précédant la date prévue pour le dépôt de la candidature ou la soumission. Elle est suspensive de la procédure d'attribution définitive.

L'Autorité contractante répond dans les 15 jours ouvrables de la réception de la réclamation. L'Autorité de Régulation des Marchés Publics répond dans les 20 jours ouvrables de sa saisine ».

Après analyse du dossier, il s'avère que l'ARMP n'a émis aucun Avis de Non Objection sur la pré-qualification de ce marché.

A la lumière des éléments du dossier, il ressort que ce marché n'a jamais obtenu l'Avis de Non Objection de l'ARMP sur le Rapport d'Evaluation des Offres, c'est plutôt la Direction Générale du Contrôle des Marchés Publics « DGCMP » qui a accordé l'avis de non objection par sa lettre n°0578/DGCMP/DG/DCP/D5/MLK/2022 en date du 13 avril 2022.

Ce qui est contraire aux prescrits de la loi n°18/016 du 9 juillet 2018 relative au partenariat public-privé, qui elle, reconnaît cette prérogative à l'ARMP.

Par ce motif,

Le Comité de Règlement des Différends de l'ARMP ;

Vu la loi n°18/016 du 09 juillet 2018 relative au partenariat public-privé, spécialement en ses articles 17, 21, 107 et 108 ;

Considérant le recours en appel de la requérante et les pièces du dossier,

Après en avoir délibéré conformément à la loi:

Décide :

- D'annuler la procédure irrégulière amorcée par l'Autorité Contractante relative à la conclusion du présent projet de partenariat public-privé,
- D'inviter l'Autorité Contractante à recommencer la procédure dudit marché dans le respect de la loi.

Le CRD charge le Directeur Général de l'ARMP de notifier à la Requirante, à l'Autorité Contractante, à la Direction Générale du Contrôle des Marchés Publics et à l'Autorité Approbatrice du marché, la présente décision qui sera publiée sur le site web de l'ARMP.

Ainsi décidé par le CRD à son audience du 03 juin 2022, à laquelle ont siégé Madame Madeleine ANDEKA OLONGO (Présidente), Messieurs Jean Raphaël LIEMA IMENGA, et Théo Pierre KASANDA MUSHALA (membres), avec l'assistance de Madame Ginie SINZIDI TSANA (*Assistance technique et administrative du Comité de Règlement des Différends de l'ARMP*).

Madeleine ANDEKA OLONGO, Présidente ;

Jean Raphaël LIEMA IMENGA, Membre ;

Théo-Pierre KASANDA MUSHALA, Membre.

