



RPR 13//REC/ARMP/2015
LE CONSORTIUM TRANSCENTURY c/
LE COMITE DE PILOTAGE DE LA
REFORME DES ENTREPRISES DU
PORTEFEUILLE DE L'ETAT (COPIREP).

DECISION N° 27/15/ARMP/CRD DU 30 DECEMBRE 2015 DU COMITE DE
REGLEMENT DES DIFFERENDS DE L'AUTORITE DE REGULATION DES
MARCHES PUBLICS STATUANT SUR LE RECOURS DU CONSORTIUM
TRANSCENTURY CONTRE LE REFUS DE RECEPTION DE SON PLI RELATIF A
L'AVIS A PREQUALIFICATION PORTANT MISE EN CONCESSION INTEGREE
DES PORTS DE BOMA, DE MATADI, DE KINSHASA ET DU CHEMIN DE FER
MATADI-KINSHASA, PAR LE COMITE DE PILOTAGE DE LA REFORME DES
ENTREPRISES DU PORTEFEUILLE DE L'ETAT (COPIREP).

EN CAUSE :

LE CONSORTIUM TRANSCENTURY Ltd,
G Block Rochester Place, 173 Revonia Road, Morningside, Sandton Johannesburg,
RÉPUBLIQUE SUD AFRICAINE.
Tél : +27(0)111005136
Fax : +27(0)866807821
E-mail : kunyalala@subsaharian.za.com

Ci- après dénommée "PARTIE REQUERANTE"

Contre :

LE COMITE DE PILOTAGE DE LA REFORME DES ENTREPRISES DU PORTEFEUILLE
DE L'ETAT (COPIREP).

Immeuble Flamboyant, 1^{er} Etage, Croisement des Avenues Lumpunga et Equateur-RD Congo
Tél : + 243 (0) 15101000/E-mail : copirep@copirep.org / www.copirep.org
République Démocratique du Congo.

Ci- après dénommé "MAITRE D'OUVRAGE DELEGUE"

1. RESUME DES FAITS ET ETAT DE LA PROCEDURE

Le Ministère du Portefeuille a lancé en date du 12 octobre 2015, l'Avis de pré qualification relatif à la mise en concession intégrée des ports de Boma, de Matadi, de Kinshasa et du chemin de fer Matadi-Kinshasa, auquel le Consortium TRANSCENTURY a concouru.

Le 23 novembre 2015, date limite fixée pour le dépôt des candidatures, la soumission du Consortium TRANSCENTURY n'a pas été réceptionnée par le Maître d'Ouvrage Délégué, COPIREP pour tardiveté avancée par ce dernier.

En date du 25 novembre 2015, le Requérent a saisi le COPIREP d'un recours gracieux contre ce refus de réceptionner son pli.

En réponse au recours gracieux de la Requérente, par sa lettre n° 1440/COPIREP/SE/01/12/2015 du 02 décembre 2015, le Maître d'Ouvrage Délégué y a réservé une suite défavorable au motif que le dossier du requérant serait arrivé après l'heure limite de dépôt, soit à 15 h05'. Auparavant, par lettre n° 1439/COPIREP/SE/01/12/2015 du 02 décembre 2015, le Maître d'Ouvrage Délégué a écrit à l'ARMP lui rappelant que l'opération en cours est un acte de désengagement de l'Etat d'une entreprise du portefeuille et par conséquent, serait régie par la Loi n°08/008 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives au désengagement de l'Etat des entreprises du portefeuille.

Non satisfaite de la réponse réservée à son recours gracieux, par sa lettre n° 004/12/RC-TCL/2015 du 09 décembre 2015, réceptionnée à l'ARMP le 10 du même mois, le Requérent l'a saisie en appel.

En réaction, par sa lettre n° 3080/ARMP/DG/DREG/DREC/MM/2015 du 16 décembre 2015, l'ARMP a demandé au Maître d'Ouvrage Délégué son mémoire en réponse à cette réclamation.

Subsidiairement à la lettre susvisée du 16 décembre 2015, par lettre n° 3099/ARMP/DG/DREG/DREC/MM/2015 du 21 décembre 2015, l'ARMP a en outre demandé au Maître d'Ouvrage Délégué, de lui transmettre une copie du dossier de pré-qualification ainsi que toute la documentation relative à ce marché.

Y faisant suite, par sa lettre n° 1524/COPIREP/SE/01/12/2015 du 22 décembre 2015, le Maître d'Ouvrage Délégué a transmis son mémoire en réponse à l'ARMP.

2. ANALYSE DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

2.1. DE LA LEGISLATION APPLICABLE

Le Maître d'Ouvrage Délégué (COPIREP) avance dans sa lettre n° 1439/COPIREP/SE/01/12/2015 du 02 décembre 2015 et dans son mémoire en réponse que l'opération en cours dans le cadre de cet Appel d'Offres est un acte de désengagement de

l'Etat d'une entreprise du portefeuille et par conséquent, est régie par la Loi n°08/008 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives au désengagement de l'Etat des entreprises du portefeuille et qui exclurait la loi 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics.

Il (le Maître d'Ouvrage Délégué) poursuit en affirmant que la mission de l'ARMP étant d'assurer la régulation du système de passation des marchés publics et de délégation de service publics en RDC, et la compétence étant d'attribution, l'ARMP ne peut pas connaître de ce recours.

Il conclut qu'il lui appartient de se prononcer sur le recours gracieux introduit par le soumissionnaire et, en cas de non satisfaction, c'est le Ministre ayant le portefeuille dans ses attributions à examiner le dit recours.

Le Comité de Règlement des Différends relève que la loi n°08/008 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives au désengagement de l'Etat des entreprises du portefeuille énonce à son article 8, que le désengagement sans transfert de propriété revêt notamment une des formes suivantes : la concession, le contrat de gestion, la sous-traitance.

Il se dégage de la lecture de l'article 2, literae j) et k) de ladite loi que les contrats de gestion et de sous-traitance se traduisent essentiellement en marchés de prestations intellectuelles comme prévues par la loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relatives aux marchés publics.

La concession quant à elle est définie par la loi sur le désengagement comme « un contrat par lequel une personne morale de droit public confie à une personne morale, de droit privé ou public, la gestion et/ou l'exploitation d'une infrastructure ou d'une activité contre le paiement d'une redevance et la prise en charge totale ou partielle des risques liés à l'investissement. » (Article 2, litera e). Ceci équivaut, s'il porte sur une activité d'intérêt général, à un type de délégations de service public tel que prévue par la loi relative aux marchés publics, comme « contrat par lequel une personne morale de droit public ou de droit privé, dûment mandatée par une autorité publique compétente, confie la gestion d'un service public relevant de sa compétence à un délégataire dont la rémunération est liée ou substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service ». (Article 5 de la Loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics).

Le champ d'application matérielle de la Loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux Marchés Publics porte sur les marchés des travaux, fournitures, services et prestations intellectuelles ainsi que des délégations de service public (article 1^{er}). Cette dernière dispose du décret n°10/22 du 02 juin 2010 portant Manuel de Procédures de la loi relative aux marchés publics.

La lecture de ces deux lois ne dégage aucune contradiction qui poussera à appliquer l'une au détriment de l'autre. Les deux lois devraient être appliquées d'une manière concomitante et complémentaire en ce qui concerne d'une part les procédures de conclusion et d'autre part les organes de gestion, de conclusion, de contrôle, d'approbation et de contentieux.

En d'autres termes, toute procédure de mise en concession, tel que défini plus haut et faisant l'objet du présent contentieux, dans le cadre du désengagement de l'Etat doit s'effectuer conformément aussi bien aux dispositions de la loi n°08/008 du 07 juillet 2008 qu'à celles édictées par la loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics et ses mesures d'application notamment le Manuel de procédures de la loi relative aux marchés publics .

Concernant la compétence du Ministère du Portefeuille à connaître en appel la décision rendue par le Maitre d'Ouvrage Délégué, le Comité de Règlement des Différends relève qu'aux termes des dispositions de l'article 73 de la loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics qui dispose que : *« Tout candidat ou soumissionnaire qui s'estime illégalement évincé des procédures de passation des marchés publics ou de délégations de service public peut introduire une réclamation auprès de l'autorité contractante. La décision de cette dernière peut être contestée devant l'Institution chargée de la régulation des marchés publics. »*

Le Comité de Règlement des Différends constate que dans le cas d'espèce, le Ministre du Portefeuille est l'Autorité Déléguante pour avoir confié ses prérogatives au COPIREP, Maitre d'Ouvrage Délégué.

En application de l'article 73 de la loi susvisée, le Maitre d'Ouvrage Délégué (COPIREP), agissant au nom et pour le compte de l'Autorité Déléguante, est la personne habilitée à connaître du recours gracieux.

Quant au recours en appel, c'est à l'Autorité chargée de la régulation des marchés publics, l'ARMP qu'il doit être introduit.

C'est sur cette base que l'ARMP est compétente pour connaître du contentieux d'attribution d'une concession, comme type de délégation de service public conformément aux articles 53 et 54 du décret n°10/21 du 02 juin 2010 portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des marches publics, en sigle « ARMP ».

2.2. SUR LA RECEVABILITE

Aux termes de l'article 73 de la loi relative aux marchés publics *« Tout candidat ou soumissionnaire qui s'estime illégalement évincé des procédures de passation des marchés publics ou de délégations de service public peut introduire une réclamation auprès de l'Autorité contractante. La décision de cette dernière peut être contestée devant l'Institution chargée de la régulation des marchés publics. »*

L'article 156 du décret n° 10/22 du 02 juin 2010 portant Manuel de Procédures de la dite loi dispose: *« la Personne Responsable des Marchés Publics est tenue de répondre dans un délai de cinq jours ouvrables au-delà duquel le défaut de réponse est constitutif d'une décision de rejet implicite du recours gracieux ».*

L'article 157, 1^{er} tiret, du même décret précise : " A défaut d'un dénouement satisfaisant du recours, le candidat ou soumissionnaire lésé saisit le Comité des Règlement des Différends de l'ARMP au moyen d'un recours :

- Effectué par le candidat ou soumissionnaire dans les trois (3) jours ouvrables à compter de la réception de la réponse de l'Autorité Contractante ou de l'expiration du délai de (5) jours reconnus à cette dernière pour répondre au recours gracieux."

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 du Requérent, et l'existence d'un recours gracieux auprès de l'Autorité Contractante et d'un recours en appel à l'ARMP, exercés dans les délais.

Les faits ci-haut évoqués renseignent qu'en date du 25 novembre 2015, le Requérent a introduit son recours gracieux auprès du Maître d'Ouvrage Délégué.

Par sa lettre du 09 décembre 2015, le Requérent a saisi l'ARMP en appel, après l'échec de son recours gracieux auprès du Maître d'Ouvrage Délégué qui lui a été notifié à la même date.

Ayant rempli les conditions légales susvisées, le Recours du Requérent sera déclaré recevable.

2.3. FONDEMENT DU RECOURS

Objet du litige : Il ressort des éléments du dossier que le litige porte sur la contestation du refus par le Maître d'Ouvrage Délégué de réceptionner la candidature du Requérent pour tardiveté.

2.3.1 LES MOYENS DEVELOPPES PAR LE MAITRE D'OUVRAGE DELEGUE A L'APPUI DE SA DECISION

Pour le Maître d'Ouvrage Délégué, il est de pratique qu'à l'heure limite fixée, la liste des dossiers réceptionnés est retirée par le service compétent et tous les dossiers en retard ne sont pas acceptés.

Pour lui, le dossier du Requérent est arrivé en retard après l'heure limite de dépôt (15 H 00), soit à 15 h 05' contrairement à l'affirmation du Requérent.

Il poursuit en avançant que les réactions des autres candidats, tel qu'attesté dans la lettre du Requérent, prouvent à suffisance ce dépassement de temps et que les soumissionnaires indulgents envers le Requérent l'ont confirmé.

Le Maître d'Ouvrage Délégué conclut en affirmant que sa décision de ne pas enregistrer ni réceptionner le dossier du Requérent a été prise en application des points 8.1 et 8.3 du Dossier de Pré qualification.

2.3.2. LES MOYENS DEVELOPPES PAR LE REQUERANT A L'APPUI DE SON RECOURS

Le Requérent affirme qu'il est arrivé à 15 H 00' au COPIREP, selon l'heure indiquée à sa montre alors que le préposé à la réception lui aurait dit qu'il venait d'arrêter la réception étant

donné que sa montre indiquait déjà 15 H 05' et ce, en dépit de l'insistance des autres soumissionnaires tentant de le persuader à bien vouloir recevoir son pli car on était selon lui, juste à la limite horaire.

Pour ce faire, poursuit-il, le préposé à la réception a opposé un refus catégorique aussi bien de recevoir que d'enregistrer son dossier.

Selon le Requérent, le Secrétaire Exécutif a.i. du COPIREP était saisi de cette situation et, pour de raison de transparence, s'est proposé de consulter les autres soumissionnaires avant de recevoir son pli.

Malheureusement, conclut-il, au cours de cette consultation, dix (10) soumissionnaires sur les onze (11) ont donné leur avis favorable, à l'exception d'un seul.

2.2.1 ANALYSE DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

Le Maître d'Ouvrage Délégué affirme que sa décision de ne pas enregistrer ni réceptionner le dossier du Requérent a été prise en application des points 8.1 et 8.3 du Dossier de Pré-qualification, dossier qu'il n'a pas transmis à l'ARMP pour vérification de sa teneur et ce, malgré la demande expresse de cette dernière par sa lettre n° 3099/ARMP/DG/DREG/DREC/MM/2015 du 21 décembre 2015.

Le Comité de Règlement des Différends note qu'aux termes de l'article 4 in fine du Décret n° 10/22 du 02 juin 2010 portant Manuel de Procédures de la loi relative aux marchés publics, *en marchés publics, tout échange, instruction ou rapport se fait obligatoirement par écrit.*

Le Comité de Règlement des Différends relève que par cette disposition, le législateur a consacré la preuve constituée, laquelle est définie comme tout écrit, avant toute contestation mais en prévision d'une contestation possible, est destiné à établir de manière irréfutable la vérité ou la réalité de quelque chose (www.cnrtl.fr/definition/preuve).

Le Comité de Règlement des Différends note que la consultation opérée par le Maître d'Ouvrage Délégué auprès des soumissionnaires pour recevoir le pli du Requérent est contraire à la réglementation.

En effet, le Comité de Règlement des Différends relève qu'aux termes de l'article 92 du Décret 10/22 du 02 juin 2010 portant Manuel des Procédures de la Loi relative aux marchés publics, « *A la réception de chaque offre déposée dans le respect des délais fixés, le fonctionnaire désigné à cette fin procède à :*

- *La numérotation (indication sur chacune des enveloppes du numéro d'ordre d'enregistrement, de la date et de l'heure de réception) ;*
- *L'enregistrement des offres reçues sur un registre pré numéroté fourni par l'autorité de régulation des marchés publics ;*
- *La remise d'un récépissé remis au délégué du candidat porteur de l'offre ou de toute autre forme d'accusé de réception admise ; »*

L'article 93 du décret susvisé précise : « *Au jour et à l'heure limites fixés pour la remise des offres, les consignes suivantes sont observées :*

- *L'arrêt de la réception et de l'enregistrement des offres à l'heure fixée ;*