

République Démocratique du Congo



PRIMATURE

Autorité de Régulation des Marchés Publics

A.R.M.P.

Comité de Règlement des Différends

RE : 07/REC/ARMP/2023

*La Société FONDEG CATERING CONGO S.A
contre/ CONGO AIRWAYS*

AVIS N°03/24/ARMP/CRD DU 08 AVRIL 2024 DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS DE L'AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS STATUANT EN COMMISSION DES LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE FONDEG CATERING CONGO S.A CONTESTANT LA NON RECONDUCTION DU CONTRAT N°/CGA/DC-DR/CPM/2022 RELATIF A LA FOURNITURE DU CATERING SUR LES VOLS DOMESTIQUES DE CONGO AIRWAYS AU DEPART DE KINSHASA, PAR CONGO AIRWAYS S.A

EN CAUSE :

La Société FONDEG CATERING CONGO S.A,

Aéroport Ndjili, Commune de la N'Sele, Ville de Kinshasa, République Démocratique du Congo.

Tél : +243 858299889

Ci- après dénommée "**PARTIE REQUERANTE**"

Contre :

CONGO AIRWAYS S.A

130, Boulevard du 30 juin, Immeuble Elembo, Kinshasa-Gombe

Téléphone : +243 81 55 55 869

E-mail : info@congoairways.com

Ci- après dénommée "**AUTORITE CONTRACTANTE**"

I. RESUME DES FAITS

1. En vue d'obtenir la fourniture du Catering sur les vols domestiques au départ de Kinshasa et Lubumbashi, l'Autorité contractante a signé, en date du 06 avril 2022 avec la Requérante, le contrat N°/CGA/DC-DR/CPM/2022.
2. Le Cahier des Clauses Administratives Générales qui constitue une partie intégrante de ce contrat prévoit en son point 11.1 que : « *les prestations sont réalisées sur une période de douze mois, à dater du premier bon de commande, renouvelable après évaluation jugée satisfaisante* ».
3. Par sa lettre référencée COG/DG-DR/DRE/JLD/1007/2023 du 20 novembre 2023, adressée à la Requérante, l'Autorité contractante lui a demandé de retirer ses matériels et consommables catering, faisant constater que le terme du contrat était échu et qu'elle devait prendre possession de l'ensemble de matériels de catering et le reste disponible des consommables mis à sa disposition.
4. En réaction à cette décision, la Requérante a répondu par sa référencée ADMINISTRATION/DG-FIN-2023/307 du 21 novembre 2023 adressée à l'Autorité contractante en déclarant que cette décision l'étonnait et que sur base du point 11.1 des CCAG du contrat, la poursuite des commandes de ses services jusqu'à ce jour a bien de facto validé l'évaluation positive des 12 premiers mois du contrat d'une part et que cela constitue un renouvellement tacite du contrat entre les deux parties. D'autre part, que cela ne pouvait pas s'envisager par le fait que l'Autorité contractante lui était encore redevable d'une dette de l'ordre de 390.000 USD, TTC.
5. N'ayant pas obtenu de suite favorable quant à son recours, la Requérante a, par sa lettre référencée ADMINISTRATION/DG/2023/327 du 06 décembre 2023, adressée à l'ARMP son recours, contestant la non reconduction du contrat de la part de l'Autorité contractante.
6. En réaction à ce recours, par sa lettre n°2516/ARMP/DREG/DREC/12/2023 adressée à l'Autorité contractante, l'ARMP lui a tenu informé du recours de la Requérante et lui a demandé de lui transmettre dans un bref délai son mémoire en réponse ainsi qu'une copie du contrat et la lettre de la mise en demeure qu'elle lui aurait adressée.
7. Par sa lettre référencée COG/DGDR/JLD/DJ/IO/DTM/2023 du 28 décembre 2023 adressée à l'ARMP, l'Autorité contractante a transmis à celle-ci son mémoire en réponse ainsi qu'un exemplaire dudit contrat. L'autorité contractante n'a pas fourni la copie de la lettre de mise en demeure car pour elle le contrat était déjà échu.

II. ANALYSE

2.1. Objet du recours

8. Le présent recours porte sur la contestation, par la Requérente, de la résiliation surprenante du contrat par l'Autorité contractante et ce, en violation de la loi n°10/010 relative aux marchés publics, évoquant l'absence de l'évaluation et la tacite reconduction, étant donné que des commandes ont été sollicitées par l'Autorité contractante même après que la date de clôture du contrat soit atteinte.

2.2. Moyens développés par la requérante a l'appui de son recours

9. Par son recours, la Requérente déclare saisir l'ARMP en contestation de la décision de l'Autorité contractante de vouloir mettre fin au contrat qui les lie, alors qu'elle estime qu'il devrait encore courir par tacite reconduction, étant donné que d'autres commandes ont été faites par l'Autorité contractante et satisfaites par elle, au-delà des délais contractuels.
10. La Requérente estime que l'Autorité contractante, en exprimant le besoin de mettre fin à ce contrat viole les dispositions de la loi 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics et de la loi n°18/020 du 09 juillet 2018 relative à la liberté des prix et à la concurrence. Elle évoque également la violation par l'Autorité contractante, des principes de loyauté et de la bonne foi, tirés des dispositions du décret du 30 juillet 1888 portant code civil livre III.
11. A l'appui de sa requête, la Requérente déclare que l'Autorité contractante est allée à l'encontre du CCAG dans ses dispositions exprimées par le point 11.1 qui prévoient que : « *les prestations sont réalisées sur une période de douze mois, à dater du premier bon de commande, renouvelable après évaluation jugée satisfaisante* ». Elle estime donc que cette évaluation qui devait être faite par l'Autorité contractante n'a pas été faite, alors que celle-ci a même continué à faire des commandes bien au-delà des douze mois contractuels initialement convenus. Cela devrait, conformément aux dispositions du code civil livre III constituer un renouvellement tacite du contrat, validant sans besoin d'une évaluation, l'excellente qualité des prestations de sa société.

2.3. Moyens développés par l'Autorité contractante a l'appui de sa décision

12. Dans son mémoire en réponse, l'Autorité contractante déclare avoir pris cette décision par le fait que le contrat précité a expiré depuis le 23 juillet 2023 et qui n'a pas été renouvelé.
13. Evoquant la même disposition contractuelle (le point 11.1 du CCAG), elle rappelle que le contrat ne devait se renouveler qu'après évaluation jugée satisfaisante, excluant de ce fait par tacite reconduction. Le fait donc pour elle de passer des commandes au-delà de la date d'expiration dudit contrat ne peut être assimilé à une quelconque évaluation, car cette dernière suppose que les deux parties se soient mises autour d'une table pour faire cette évaluation, laquelle est un acte positif, exprès, sanctionné bien entendu par la signature d'un Procès-verbal.

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

3.1. Sur la recevabilité

14. Aux termes de l'article Article 75 de la loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, *tout cocontractant qui s'estime lésé dans l'exécution d'un contrat de marché public ou de délégation de service public peut introduire une réclamation auprès de l'autorité contractante. Les dispositions de l'article 73, alinéa 2 de la présente loi s'appliquent mutatis mutandis au contentieux de l'exécution.*
15. Aux termes des dispositions légales susvisées, il se dégage que les conditions de recevabilité reposent sur :
- la qualité de cocontractant dans le chef de la Requérante ;
 - l'existence d'un recours gracieux introduit en bonne et due forme auprès de l'Autorité Contractante et ;
 - un recours en appel à l'ARMP.
16. Le Comité de Règlement des Différends (CRD) note qu'en l'espèce, la Requérante est cocontractante dans le marché concerné, ayant signé avec l'Autorité contractante le contrat N°/CGA/DC-DR/CPM/2022 et a introduit son recours en appel à l'ARMP, après le rejet de son recours gracieux par l'Autorité Contractante.
17. Ainsi, ayant poursuivi une procédure conformément à la loi, le recours de la Requérante sera déclaré recevable.

3.2. Quant au fond du recours

18. Le Comité de Règlement des Différends (CRD) note que la Requérante conteste la décision de l'Autorité contractante de mettre fin au contrat qui les lie, estimant que ce dernier devait être renouvelé par tacite reconduction, étant donné que même après le terme de l'échéance du contrat, des commandes ont été faites par l'Autorité contractante et satisfaites par elle. Elle considère donc que sur cette base, ce contrat demeure et que l'Autorité contractante en lui demandant de rendre les matériels y relatifs, veut y mettre fin, en violation de la loi relative aux marchés publics, du code civil livre III et de la loi relative à la liberté des prix et à la concurrence. Elle évoque par ailleurs également le CCAG du contrat en son point 11.1 qui prévoit le renouvellement du contrat « après évaluation jugée satisfaisante ».
19. Le CRD rappelle qu'un contrat de marché public court sur la base de délai convenu par les parties. En l'espèce, après les 12 mois de prestations, le contrat querellé qui liait les parties avait expiré. Dans la mesure où la Requérante aurait des hésitations sur l'extinction de fait du contrat, une notification écrite pouvait être adressée à l'Autorité contractante à l'effet d'obtenir sa déclaration effective et définitive sur le contrat comme il est expressément stipulé à l'article 3 alinéa 2 du Décret n° 23/12 du 03 mars 2023

portant Manuel de Procédures des marchés publics : « *en matière de passation des marchés, tout échange, instruction ou rapport se fait obligatoirement par écrit* ».

20. De ce fait, le CRD, après analyse des pièces du dossier constate qu'en effet, parlant de la tacite reconduction, il faut relever les dispositions du code civil livre III. Le contrat de fourniture (dont il est question ici) étant classé dans le code civil parmi les contrats de louage, ce code, parlant de la tacite reconduction, dispose en son article 394 que : « *Si, à la fin des baux qui cessent de plein droit, le preneur reste et est laissé en possession, après l'expiration du terme conventionnel, légal ou coutumier, il s'opère un nouveau bail par le consentement tacite du preneur et du bailleur* ». Par ailleurs, l'article 395 apporte une précision, en disposant que : « *Lorsqu'il y a un congé signifié, le preneur, quoiqu'il ait continué sa jouissance, ne peut invoquer la tacite reconduction* ».
21. A la lecture de ces extraits de la loi, il revient de noter qu'étant donné que la tacite reconduction n'a pas été prévue expressément dans le contrat, il n'y pas lieu à l'évoquer d'office dans le cas d'espèce et que malgré des commandes faites par l'Autorité contractante au-delà des délais contractuels, le Requérant ne peut évoquer la tacite reconduction du contrat, par le fait que l'Autorité contractante lui a signifié la fin du contrat par sa lettre référencée COG/DG-DR/DRE/JLD/1007/2023 du 20 novembre 2023, valant signification de congé au sens de l'article 395 du code civil.
22. Le CRD estime que les commandes supplémentaires que la Requérante aurait reçues de l'Autorité contractante en dehors d'un contrat conclu conformément à la loi relative aux marchés publics ne constituent pas une reconduction tacite de l'ancien contrat échu. Un tel recours ne pourra donc aboutir.
23. Par ailleurs, le CRD note également que de son côté, l'Autorité contractante estime que le contrat avait déjà pris fin et qu'il n'y a pas de tacite reconduction étant donné que cela n'a pas été prévu dans ledit contrat. Elle rappelle que ce contrat avait plutôt conditionné le renouvellement à une évaluation jugée satisfaisante. Pour elle, le fait d'avoir passé des commandes au-delà de l'échéance des termes du contrat ne constitue pas une évaluation jugée satisfaisante, étant donné que cette dernière est un acte positif et exprès qui devait se matérialiser par un procès-verbal sanctionnant l'évaluation faite par les deux parties, assises sur une même table.
24. Pour un contrat de douze (12) mois signé le 06 avril 2022, le CRD estime que le 05 avril 2023 constituait la date effective de sa clôture. Après la revue dudit contrat, le CRD constate que les 12 mois ne pouvaient compter qu'à dater du premier bon de commande adressé par l'Autorité contractante. Au regard des pièces versées dans le dossier, il n'y a aucun bon de commande devant certifier la date effective à partir de laquelle les 12 mois devaient commencer à courir. Mais dans sa lettre n°COG/DGDR/JLD/DJ/IO/DTM/2023/1121 du 28 décembre 2023, l'Autorité contractante rappelle quand même que le contrat avait expiré le 23 juillet 2023.

25. Considérant donc l'échéance du contrat à la date du 23 juillet 2023, le CRD constate que l'Autorité contractante est restée muette et sans une quelconque notification ou lettre de mise en demeure à la Requérante. C'est après près de cinq (05) mois de l'expiration du contrat que celle-ci notifie le retrait du matériel et consommables catering. D'après les pièces en présence, le CRD constate également dans les déclarations des parties, l'existence des commandes de l'Autorité contractante adressées à la Requérante portant sur le même objet que les précédentes commandes faites lorsque le contrat était encore en vigueur.
26. Pour le CRD, il s'observe, dans certaines mesures, des insuffisances dans la gestion du contrat de la part de l'Autorité contractante pour n'avoir pas observé et exécuté correctement la clause 11.1. du CCAP. Dans la pratique et conformément à l'article 3 du Décret n° 23/12 précité, l'Autorité contractante devait poser certains actes administratifs à l'effet de faire exécuter ladite clause, à savoir : **(i) la notification de l'expiration du contrat le 23 juillet 2023; (ii) l'invitation de la Requérante à l'évaluation des prestations conformément au contrat et ; (iii) la notification de la Requérante des résultats de son évaluation jugée non satisfaisante et la décision de non renouvellement du contrat.**
27. Le CRD estime que l'Autorité contractante a géré de manière peu orthodoxe et irresponsable, le contrat de marché public qui le liait à la Requérante. En outre et au regard des pièces du dossier, la collaboration entre les parties, avant, pendant et après l'existence de ce contrat n'a pas été saine. Plusieurs interventions ont été faites en faveur des parties par les autorités ministérielles au sujet des litiges qui existaient dans le cadre du partenariat ou collaboration entre l'Autorité contractante et la Requérante, en l'occurrence la lettre n°01/218/MINPF/MN/LDK/AKM/2022 du 09 août 2022 de SEM le Ministre d'Etat, Ministre du Portefeuille et la lettre n°000298/CAB/MIN/TVCD/2021 du 14 juin 2021 de SEM Monsieur le Ministre des Transports, Voies de Communication et du Désenclavement.
28. A ce titre, le CRD estime que l'Autorité contractante sera tenue responsable des conséquences de ses insuffisances dans la gestion d'un contrat de marché public.

IV. AVIS

PAR CES MOTIFS,

Le Comité de Règlement des Différends (CRD),

Vu la Constitution de la République Démocratique du Congo, en son article 92 ;

Vu la Loi 10/010 du 27 avril 2010 relative aux Marchés Publics en ses articles 73 à 76 ;

Vu le Décret n°10/21 du 02 juin 2010 portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP), spécialement en ses articles 4 alinéa 2 point 3, 6 point 1, 36 1^{er} tiret, 49 à 55 ;

Vu le décret n° 23/12 du 03 mars 2023 portant Manuel de Procédures des marchés publics spécialement en ses articles 147 à 149 et 181 ;

Considérant le recours de la société FONDEG CONGO S.A, enregistré sous le RE 07/REC/ARMP/2023 ;

Considérant l'avis technique de la Direction Générale de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics du 27 mars 2024 ainsi que les pièces du dossier ;

Considérant le mémoire en réponse de l'Autorité contractante contenu dans sa lettre n° COG/DGDR/JLD/DJ/IO/DTM/2023 du 28 décembre 2023 adressée à l'ARMP ;

Après en avoir délibéré à huis clos conformément à la loi ;

DECLARE EN TERMES D'AVIS :

- Recevable mais non fondé le recours de la Requirante ;
- Demande par contre à l'Autorité contractante, de régler, s'il existe, toutes dettes ou arriérés de paiement certifiés par les parties relatifs aux prestations de la Requirante issues du contrat échu le 23 juillet 2023 et aux commandes supplémentaires faites en dehors du contrat ;
- Demande en outre à l'Autorité contractante de prendre en charge le coût minimum relatif à la démobilisation de la Requirante des sites d'exécution du contrat suite à ses insuffisances dans la gestion d'un contrat de marché public ;
- Demande à l'Autorité contractante d'approcher la Direction Générale de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics pour améliorer ses capacités en matière de gestion des contrats des marchés publics ;
- Charge le Directeur Général de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics 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, le présent Avis qui sera publié sur le site de l'ARMP.

Ainsi décidé en termes d'avis par le Comité de Règlement des Différends à son audience du 08 avril 2024, à laquelle ont siégé Monsieur Hertince NTOMBA (Président), Madame Chantal KIDIATA ainsi que Messieurs Olivier KATANYA et Alex MUDIPANU (membres), avec l'assistance de Monsieur Joel DIAMONIKA DOKOLO (Assistant technique et Administratif du Comité de Règlement des Différends de l'ARMP).

Monsieur Hertince NTOMBA, Président

Madame Chantal KIDIATA, Membre

Monsieur Olivier KATANYA, Membre

Monsieur Alex MUDIPANU, Membre

Jour certifié conforme
Directeur Général au
Benoit Kalikwa Kalemba
Kalikwa