



RE 08/REC/ARMP/2014

ETABLISSEMENTS EKOMBOJE c/ TRANSCO

AVIS N° 01/15/ARMP/CRD DU 19 MARS 2015 DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS DE L'AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS STATUANT SUR LE RECOURS DES ETABLISSEMENTS EKOMBOJE, CONTESTANT LE REPORT DE LA NOTIFICATION DU MARCHÉ RELATIF A L'APPEL A CANDIDATURE N° ACN/02/TRANSCO/CGPMP/2014 : « RECRUTEMENT D'UNE AGENCE DE COMMUNICATION CHARGÉE DE COMMERCIALISER LES ESPACES PUBLICITAIRES DE TRANSCO ».

EN CAUSE :

LES ETABLISSEMENTS EKOMBOJE

Sis avenue NGUMA N° 164, concession la Devinière, Quartier Jolie Parc, Commune de NGALIEMA dans la ville de Kinshasa, République Démocratique du Congo ;

Tél : +243811546458

+243998105000

+243999970893

E-mail : ekomboje@yahoo.fr

Ci-après dénommés " **PARTIE REQUERANTE** "

CONTRE :

TRANSPORT AU CONGO « TRANSCO »

Sis avenue BOSANGO n° 35, (Route SIFORCO) Quartier Matadi, Commune de MASINA ville de Kinshasa, République Démocratique du Congo ;

Site: WWW.transco-rdc.com

E-mail : info@transco-rdc.com

Ci-après dénommé " **AUTORITE CONTRACTANTE** "

1. RESUME DES FAITS

En date du 14 juillet 2014, l'Etablissement public dénommé « Transports au Congo » (TRANSCO) a lancé l'Appel à Candidature n° ACN/F/02/TRANSCO/CGPMP/2014 relatif

au recrutement d'une agence de communication chargée de commercialiser les espaces publicitaires des bus TRANSCO, auquel les Etablissements EKOMBOJE ont concouru.

Par sa lettre référencée TRANSCO/DG/DM/510/2014 du 29 septembre 2014, l'Autorité Contractante a attribué provisoirement le marché à deux agences dont la Requérante à qui elle a donné mandat pour contacter les annonceurs et négocier avec eux à toutes fins utiles.

A la même date, la Convention n° 03/TRANSCO/CGPMP/2014 de mise à disposition et de valorisation des espaces publicitaires du réseau de transport TRANSCO a été signée entre l'Autorité Contractante et la Requérante.

Cependant, par sa lettre référencée 524/TRANSCO/DG/MK/2014 du 08 octobre 2014, l'Autorité Contractante a informé la Requérante du report de la notification relative à ce marché.

Y faisant suite, par sa lettre n° EKPB/DG/EB/072/2014 du 10 octobre 2014, la Requérante a contesté la décision de report prise par l'Autorité Contractante.

En réponse à la réclamation, par sa lettre n° 537/TRANSCO/DG/MK/2014 du 15 octobre 2014, l'Autorité Contractante a réitéré sa décision de report de la notification tel qu'évoqué dans sa lettre précitée du 08 octobre 2014.

En même temps, par sa lettre référencée 545/TRANSCO/DG/MK/2014 du 16 octobre 2014, l'Autorité Contractante a transmis son Plan de Passation des Marchés Publics (PPM) à la DGCMP pour Avis de Non Objection (pour la période du 20 octobre 2014 au 20 octobre 2015 : Exercice budgétaire 2015), qui du reste a reçu l'Avis de Non-Objection par lettre référencée 1995/DGCMP/DG/DRE/D4/K.L/2014 du 23 octobre 2014.

Ce plan comprend entre autres le marché de recrutement d'une agence de publicité destinée à commercialiser les espaces de bus et abris bus TRANSCO, précédemment attribué notamment aux établissements EKOMBOJE.

Non satisfaite de la réponse susmentionnée de l'Autorité Contractante du 15 octobre 2014, par sa lettre référencée EKPB/DG/EB/074/2014 du 23 octobre 2014, la Requérante a saisi l'ARMP en appel.

Par sa lettre du 30 octobre 2014, la Requérante a transmis un complément d'information à l'ARMP à l'appui de son recours en affirmant que le marché de commercialisation des espaces publicitaires était inscrit au PPM de l'Autorité Contractante pour l'année 2014.

A la même date, par sa lettre n° 578/TRANSCO/DG/MK/2014, l'Autorité Contractante a introduit à l'ARMP une demande en annulation de l'appel à candidature n° ACN/F/02/TRANSCO/CGPMP/2014 initiée par elle le 14 juillet 2014.

En réaction au recours en appel de la Requérante et ce, par lettre référencée 1603/ARMP/DREG/DREC/GBM/2014 du 31 octobre 2014, l'ARMP a demandé à l'Autorité Contractante de lui transmettre son mémoire en réponse ainsi que toute la documentation afférente à ce dossier.

Y faisant suite, par sa lettre n°585/TRANSCO/DG/MK/2014 du 01 novembre 2014, la Requérante a transmis à l'ARMP la documentation sans mémoire en réponse.

A la même date, par sa lettre référencée EKP/B/DG/EB/076/2014, la Requérante a introduit une dénonciation à l'ARMP contre l'Avis de Non-Objection de la DGCMP sur le Plan de Passation des Marchés pour la période allant du 20 octobre 2014 au 20 octobre 2015, exercice budgétaire 2015, du fait que le marché était déjà inscrit au PPM de l'année 2014 et avait déjà reçu l'ANO de la DGCMP.

En réponse, la DGCMP, par sa lettre n° 318/DGCMP/DG/Ass.KAZY/2014 du 15 décembre 2014, a répondu à la dénonciation de la Requérante en affirmant que la procédure ayant abouti à l'attribution du marché aux Etablissements EKOMBOJE par TRANSCO n'avait jamais reçu son Avis de Non-Objection.

En date du 12 novembre 2014, a paru dans l'édition n°4774 du journal Forum des As, l'Avis à Manifestation d'Intérêts n° AMI 722/TRANSCO/DG/MK/2014 relatif au service d'un Consultant, pour la commercialisation des espaces publicitaires sur les bus TRANSCO (Délégation de service public).

1. ANALYSE

2.1 Sur la recevabilité

Aux termes de l'article 75 de la loi 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 délégation 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 ».

Les faits ci-haut évoqués renseignent qu'en leur qualité de cocontractant, par lettre n° EKP/B/DG/EB/072/2014 du 10 octobre 2014, les Etablissements EKOMBOJE ont contesté le report de notification décidé par l'Autorité Contractante, après leur avoir provisoirement attribué le marché de commercialisation des espaces publicitaires des bus TRANSCO.

En date du 10 octobre 2014, la Requérante a introduit un recours gracieux auprès de l'Autorité Contractante par sa lettre référencée EKP/B/DG/EB/072/2014.

Non satisfaite de la réponse de l'Autorité Contractante contenue dans sa lettre n° 537/TRANSCO/DG/MK/2014 du 15 octobre 2014 et ce, par sa correspondance référencée EKP/B/DG/EB/074/2014 du 23 octobre 2014, la Requérante a saisi l'ARMP en appel.

Le recours sera ainsi déclaré recevable.

2.2. SUR LE FOND

2.2.1. OBJET DU LITIGE

Il résulte des éléments du dossier que le litige porte ainsi d'une part sur la contestation de la décision de report de la notification à l'attributaire du marché par l'Autorité Contractante et sur la réclamation de son exécution par la Requérante, et d'autre part sur la demande de l'Autorité Contractante qui a sollicité l'annulation de l'appel à candidature n°

ACN/F/02/TRANSCO/CGPMP/2014 précédemment faite par elle pour le marché, demande que conteste la Requérante.

2.2.2. MOYENS DEVELOPPES PAR LA REQUERANTE A L'APPUI DE SON RECOURS

La Requérante soutient qu'ayant signé en date du 29 septembre 2014 avec l'Autorité Contractante le contrat n° 03/TRANSCO/CGPMP/2014, lequel a force de loi entre parties, la notification ne saurait être reportée par simple lettre du Directeur Général a.i. de cette dernière.

La Requérante affirme que la société GUILGAL et elle étaient retenues suite à l'appel à candidatures lancé par l'Autorité Contractante, en respectant les règles et procédures de sélection, sous le contrôle des dirigeants, cadres et agents de cette dernière.

Elle renchérit que si une irrégularité de procédure était confirmée, elle serait imputable à l'Autorité Contractante et non à elle. La Requérante en conclut que la décision de report de notification prise par l'Autorité Contractante lui est préjudiciable en ce qu'elle a engagé des frais conséquents, a déjà reçu plusieurs demandes de clients importants pour des espaces publicitaires et a subi donc un manque à gagner financier substantiel du fait de cette décision discrétionnaire de report.

La Requérante affirme d'autre part, que c'est sur base des recommandations de la mission d'audit de l'ARMP que la décision du report de la notification aurait été prise par l'Autorité Contractante.

La Requérante signale enfin qu'elle a tenté de régler le différend à l'amiable et ce, conformément à l'article 14, alinéa 2 du contrat mais en vain.

2.2.3. ARGUMENTS DEVELOPPES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE A L'APPUI DE SA DECISION.

En réponse à la lettre de l'ARMP n°1603/ARMP/DREG/GBM/2014 du 31 octobre 2014 demandant à l'Autorité Contractante de transmettre le mémoire en réponse ainsi que toute la documentation du dossier, celle-ci a transmis seulement la documentation sans mémoire en réponse.

Dans sa lettre référencée 524/TRANSCO/DG/MK/2014 du 08 octobre 2014 informant la Requérante du report des notifications adressées aux attributaires du marché, l'Autorité Contractante soutient que c'est au regard de la loi n° 10/010 du 27 avril 2010 et tenant compte des recommandations de l'audit de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics que sa décision a été prise.

L'Autorité Contractante ajoute que c'est à la suite de cette décision de report de notification, que par sa lettre n°578/TRANSCO/DG/MK/2014 du 30 octobre 2014, elle demande l'annulation de l'appel à candidature n° ACN/F/02/TRANSCO/CGPMP/2014 à l'ARMP.

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

Concernant la contestation de la décision de report de la notification

Le Comité de Règlement des Différends (CRD) note que deux motifs sont avancés par l'Autorité Contractante pour justifier le report de la notification adressée à la Requérante, à savoir la violation de la loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics et des recommandations de l'audit de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics.

Pour ce qui est de la non observance de la loi relative aux marchés publics, le CRD note que l'Autorité Contractante n'a pas appliqué les règles prescrites par la loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics notamment par l'absence d'obtention des avis de non-objection de la Direction Générale du Contrôle des Marchés Publics à certaines étapes, alors que « **le recrutement d'une agence chargée de commercialiser les espaces publicitaires de TRANSCO** » constitue bel et bien un marché public.

En effet, aux termes de l'article 5 de la loi relative aux marchés publics, un marché public *est un contrat écrit par lequel un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire s'engage envers l'autorité contractante fournissant une contribution ou une garantie financière, soit à réaliser des travaux, soit à fournir des biens ou des services, soit à exécuter des prestations intellectuelles moyennant un prix.*

Autrement dit, pour qu'il y ait un marché public, il faut qu'il y ait la présence d'une autorité contractante d'une part et d'autre part la présence d'un entrepreneur, d'un fournisseur ou des prestataires de services courants ou intellectuels qui réalise des travaux, des services ou des prestations intellectuelles ou fournisse des fournitures moyennant un prix payé par l'Autorité Contractante.

L'article 25 du Décret 10/22 du 2 juin 2010 portant Manuel de Procédures de la loi relative aux marchés publics définit le marché de service comme suit : «*Les marchés de services ont pour objet la réalisation des services physiques. Les marchés de services comprennent une grande variété de prestations, telles que les services d'entretien et de réparation, de transports, de nettoyage et de gestion de bâtiments, de publication et d'impression, de publicité, de traitement informatique. Leur mode d'acquisition est similaire à celui des fournitures et la procédure utilisée sera l'appel d'offres ouvert, sauf exception ou si leur montant estimé est inférieur aux seuils d'appel d'offres.* »

L'article 33 du même Décret précité renchérit : « *Les marchés publics comportent un engagement financier de l'autorité contractante vis-à-vis du titulaire du marché.*

Cette contrepartie financière est généralement constituée du paiement d'un prix en numéraires ou parfois, d'un avantage ayant une valeur pécuniaire ou un abandon de recette concédé par l'autorité contractante.

Le cas de rémunération dans un marché public qui ne constitue pas un prix :

- *La réalisation d'abris de bus, de panneaux donnant des indications sur la voirie d'une municipalité qui, en contrepartie, abandonne au profit du titulaire du marché, son droit de vendre les emplacements publicitaires situés sur ces abris ou panneaux, pendant une période donnée ;*

- *La réalisation du curage d'un cours d'eau en contrepartie du droit de vendre le sable tiré dudit cours d'eau. »*

De ce qui précède, il découle :

- Que l'Autorité contractante pour ce marché est TRANSCO au regard de son statut d'établissement public conformément à l'article 1^{er} alinéa 1 de la loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics qui dispose « *La présente loi fixe les règles régissant la passation, l'exécution, le contrôle ainsi que le contentieux des marchés de travaux, de fournitures, de services et de prestations intellectuelles passés par l'Etat, les provinces, les entités territoriales décentralisées, les entreprises publiques et les établissements publics. »*
- Que l'objet du contrat est la prestation de service de vente des espaces publicitaires pour le compte de TRANSCO (mise à disposition d'espaces en vue de leur exploitation publicitaire) conformément à l'article 3 de la Convention.
- Qu'en contrepartie de ces services, le prix est constitué d'une redevance payée par TRANSCO conformément à l'article 8 alinéa 2 de la convention.

Il s'agit donc bel et bien d'un marché public dont la procédure de conclusion est celle édictée par la loi relative aux marchés publics et ses textes d'application.

Concernant la compétence du CRD

Le présent litige est un contentieux d'exécution. L'ARMP ne peut de ce fait, qu'émettre un avis consultatif et ce conformément à l'article 54, 2^{ème} point, 8^{ème} tiret du Décret 10/21 du 02 juin 2010 portant création, organisation et fonctionnement de l'ARMP qui dispose : « *La Commission des litiges a pour mission : ... De rendre des avis dans le cadre de la procédure de règlement amiable des litiges relatifs à l'exécution des marchés publics et délégations de service public.*»

En outre, l'article 14 alinéa 2 de la Convention n°031/TRANSCO/CGPMP/2014 de mise à disposition et de valorisation des espaces publicitaires du réseau de transport signée entre la Requérante et l'Autorité Contractante précise que : « *En cas de litige pouvant surgir entre les parties, celles-ci s'efforceront de le régler dans le meilleur délai et de manière amiable. En cas d'impossibilité de trouver une telle solution, les parties soumettront leur différend à l'Autorité de Règlement des Différends de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics.*»

Le Comité de Règlement de Différends relève de ce fait que l'on se trouve bel et bien en présence d'un marché public.

Concernant la procédure ayant conduit à la conclusion de la convention

Le CRD constate qu'il y a eu de réelles irrégularités dans le processus de passation du marché en cause, notamment :

- La non-utilisation des documents standards émis par l'ARMP ;

- L'absence de l'ANO de la DGCMP sur le dossier de consultation relatif audit marché;
- L'absence de l'ANO de la DGCMP sur les propositions d'attribution du marché ;
- L'absence de l'ANO sur le rapport d'évaluation des offres ;
- L'absence d'approbation du marché par l'Autorité Approbatrice ;
- La non-information des soumissionnaires non retenus et la non-publication des avis d'attribution provisoire et définitif.

Il s'ensuit que le contrat conclu entre l'Autorité Contractante et la Requérante l'a été en violation des dispositions impératives de la loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics spécialement en ses articles 1^{er}, 7, 10, 13 alinéa 2 et 34 ainsi que du Décret n° 10/22 du 02 juin 2010 portant Manuel de procédures de la loi relative aux marchés publics spécialement en ses articles 3, 7, 10, 14, 15, 16, 88, 148, 149 et 150.

S'agissant de violation des dispositions impératives liées notamment à la procédure de conclusion d'un contrat administratif, la sanction est la nullité absolue pour cause illicite. Il a été jugé à cet égard que : « *Les conventions et obligations dépourvues d'existence légale et frappée d'une nullité absolue pour cause illicite ne sont susceptibles ni de reconnaissance, ni de confirmation, ni de novation* » (Léo., 15 juin 1926 (Jur. Col, 1929, p 95, cité par PIRON, tome II, page 101).

La Requérante soutient quant à ce que, si une irrégularité était confirmée dans la passation du marché litigieux, elle devrait être imputable à l'Autorité Contractante et non à elle.

Pour le Comité de Règlement des Différends, les dispositions en matière de conclusion des marchés publics en tant que contrat administratif découlent de la loi n° 10/010 du 27 avril 2010 ainsi que ses mesures d'application. Toutes ces dispositions ont été publiées au Journal officiel. Elles sont donc opposables à toutes les parties prenantes (titulaires des marchés et cocontractants). Aucun d'eux ne peut de ce fait, se prévaloir d'un contrat conclu en violation de la procédure.

Sans qu'il ne soit besoin d'examiner les autres moyens développés par les parties, le CRD est d'avis que le contrat litigieux était d'office nul pour cause de violation de la loi relative aux marchés publics et ses textes d'application.

Par ces motifs :

Le Comité de Règlement des Différends de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics siégeant en Commission des litiges à huis clos, après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Vu la Loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux Marchés Publics, spécialement en ses articles 1, 5, 7, 10, 13 alinéa 2, 15 alinéa 2, 34, 73 alinéa 2 et 75;

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 point 2, 3, 6, 36 1^{er} tiret et 49 à 55 ;

Vu le Décret n° 10/22 du 2 juin portant Manuel de Procédures de la loi relative aux marchés publics spécialement en ses articles 3, 7, 10, 14, 15, 16, 20 alinéa 3, 25, 33, 148, 149 et 150 ;

Vu le recours des Etablissements EKOMBOJE du 23 octobre 2014, enregistré sous le RE 08/REC/ARMP/2014 ;

Considérant l'avis technique et juridique de la Direction Générale de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics du 30 janvier 2015 et les différentes pièces du dossier;

Déclare recevable le recours de la Requérante ;

EMET L'AVIS QUI SUIVIT :

Que les parties, à savoir la Requérante et l'Autorité contractante trouvent un arrangement amiable sur base des avis et considérations suivants :

- Le recrutement d'une agence chargée de commercialiser les espaces publicitaires de TRANSCO est un marché public. En conséquence, la procédure de sa passation doit suivre les dispositions impératives prescrites par la loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics et ses mesures d'application ;
- La conclusion du marché en dehors de ces dispositions entraîne une irrégularité de la procédure et donc la nullité de la convention ;
- Cette nullité ne peut être prononcée que par le juge compétent.

Le Comité de Règlement des Différends charge le Directeur Général de l'ARMP de notifier à la Requérante, 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 web de l'ARMP.

Ainsi décidé par le Comité de Règlement des Différends à son audience du 19 mars 2015 à laquelle a siégé *Madame Madeleine ANDEKA OLONGO (Présidente)*, ainsi que *Messieurs MBUY MBIYE TANAYI, Zéphirin MVUEZOLO NGOMA, Jean Raphaël LIEMA IMENGA et Théo Pierre KASANDA MUSHALA (membres)*, avec l'assistance de *Messieurs Aimé GBETELE MOKULONGO et Stanislas SELEMANI TAMBWE (Assistance Technique et administrative du Comité de Règlement des Différends de l'ARMP)*.

Madeleine ANDEKA OLONGO, Présidente ;

Messieurs MBUY MBIYE TANAYI, Membre ;

Zéphirin MVUEZOLO NGOMA, Membre ;

Raphaël LIEMA IMENGA, Membre ;

Théo-Pierre KASANDA MUSHALA, Membre.

