



RE 05/REC/ARMP/2014

SOCIETE WEMAK INTERNATIONAL C/
OFFICE NATIONAL DE L'EMPLOI (ONEM)

AVIS N° 03/15/ARMP/CRD DU 23 AVRIL 2015 DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS DE L'AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS STATUANT EN COMMISSION DES LITIGES SUR LE RECOURS DE L'ENTREPRISE WEMAK INTERNATIONAL, RELATIF A LA DOUBLE ATTRIBUTION DU MARCHE DE CONSTRUCTION DE L'IMMEUBLE DE L'OFFICE NATIONAL DE L'EMPLOI (ONEM).

EN CAUSE :

L'ENTREPRISE WEMAK INTERNATIONAL

Sise 60, Avenue Bobozo, Commune de Limete, Quartier Industriel, Ville de Kinshasa
République Démocratique du Congo
Tél. : (+243) 81097 57 44/0151609645
Email : cyrillewombo@yahoo.com ;

Ci-après dénommée " PARTIE REQUERANTE "

CONTRE :

L'OFFICE NATIONAL DE L'EMPLOI

N° 17, Avenue de la Gombe, Commune de la Gombe, Ville de Kinshasa,
République Démocratique du Congo;

Tél : (+243) 99535 2327

Email : onem_rdc@yahoo.fr

Site web : www.onem.cd

Ci-après dénommée " AUTORITE CONTRACTANTE "

1. RESUME DES FAITS

En septembre 2013, l'Office National de l'Emploi (ONEM) a lancé l'Appel d'Offres National n°001/AON/Tx/ETPS/ONEM/DG/2013, relatif à la construction de son siège social.

Ce marché a été attribué définitivement le 09 mai 2014 à l'Entreprise SCICO Sprl.

Le contrat de travaux de ladite construction a été signé le 22 juillet 2014 entre l'Entreprise SCICO sprl et l'ONEM.

Le Ministre de l'Emploi, du Travail et de la Prévoyance Sociale a procédé, le 18 février 2014 à la pose de la première pierre pour les travaux à être exécutés par la société SCICO Sprl.

Par sa lettre référencée LOK/063/2014/WEMAK/ONEM/DECISION n° 208/CA/2008 du 22 avril 2014, l'entreprise WEMAK International, par le truchement de son Avocat conseil, Maître Jean LOKONDE, a introduit son recours gracieux auprès de l'Autorité Contractante contre l'attribution de ce marché à SCICO Sprl, fait qu'elle qualifie de double attribution.

Constatant le silence de l'Autorité Contractante à ce recours, par sa lettre référencée LOK/067/2014/WEMAK/ONEM/DECISION n° 208/CA/2008 du 28 août 2014, la société WEMAK International a saisi l'ARMP en appel.

En réaction à la lettre précitée, par sa lettre référencée 1145/ARMP/DG/DREG/DREC/STS/2014 du 08 septembre 2014, l'ARMP a demandé à l'Autorité Contractante de lui communiquer son mémoire en réponse à ce recours.

Par sa lettre référencée ONEM/DG/SDG/MB/195/2014 du 11 septembre 2014, l'Autorité Contractante a transmis à l'ARMP, son mémoire en réponse dans lequel elle émet un doute sur l'authenticité de la lettre de marché du Ministère des Infrastructures, Travaux Publics et Reconstruction.

Par sa lettre du 23 octobre 2014 référencée 1577/ARMP/DREG/DREC/STS/2014, l'ARMP a demandé au Ministre de l'Aménagement du Territoire, Urbanisme, Habitat, Infrastructures, Travaux Publics et Reconstruction de confirmer l'authenticité de ladite lettre de marché, lettre demeurée sans suite jusqu'à ce jour.

2. ANALYSE

Etant donné que ce marché a été passé sous l'empire de la loi n°69/054 du 05 décembre 1969, son analyse sera soumise à cette loi et ce conformément à l'article 82 de la loi 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics qui dispose : *« les marchés publics conclus antérieurement à la promulgation de la présente loi ou à conclure avant la mise en place des services et institutions visées par l'article 83 ci-dessous demeurent soumis à la législation antérieure pour ce qui concerne les règles de passation et d'exécution des marchés et de délégations de service public. Les procédures de recours prévues par la présente loi sont néanmoins ouvertes aux titulaires de ces marchés ».*

2.1. SUR LA RECEVABILITE

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 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.

L'alinéa 2 de l'article 73 de la loi susmentionnée dispose que *la décision de cette dernière peut être contestée devant l'Institution chargée de la régulation des marchés publics.*

Par sa lettre référencée LOK/063/2014/WEMAK/ONEM/DECISION N° 208/CA/2008 du 22 avril 2014, l'Entreprise WEMAK International a introduit son recours gracieux auprès de l'Autorité Contractante.

L'Autorité Contractante n'ayant pas répondu à ce recours, par sa lettre référencée LOK/067/2014/WEMAK/ONEM/DECISION n° 208/CA/2008 du 28 août 2014, la Requérante a saisi l'ARMP en appel.

Ayant été introduit conformément aux dispositions légales susmentionnées, le recours de l'Entreprise WEMAK International sera déclaré recevable.

2.2. OBJET DE LITIGE

Il résulte des éléments du dossier que le litige porte sur (1) l'exécution de la Décision n° 208/CA/2008 du Conseil des Adjudications du Gouvernement et (2) la contestation de l'attribution du marché à la société SCICO Sprl.

2.3. SUR LE FOND

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

La Requérante affirme avoir gagné, suivant une décision du Conseil des Adjudications du Gouvernement le marché attribué à la société SCICO. Pour justifier son argumentaire et sa qualité de titulaire présumé du marché, elle a transmis à l'ARMP la documentation suivante :

- La décision n°208/CA/2008 du 12 décembre 2008 du Conseil des Adjudications du Gouvernement attribuant le marché relatif aux travaux de construction du siège de l'Office National de l'Emploi à l'Entreprise WEMAK INTERNATIONAL, après examen du dossier introduit par l'Administrateur Directeur Général de l'Office National de l'Emploi.
- La lettre de Marché, référencée CAB/MIN-ITPR/SG-ITP/BC/0640/JMM/2009 du 26 mai 2009, du Vice-Ministre des Infrastructures, Travaux Publics et Reconstruction passant commande desdits travaux à l'Entreprise WEMAK INTERNATIONAL.
- La facture n° WEMAK/ITPRS/ONEM/28042010/01 du 28 avril 2010 de la Requérante sollicitant l'avance de 60% du montant du marché et ce, conformément à la clause de la lettre de marché relative au paiement.
- La lettre référencée CAB/MIN-ITPR/0813/SBK/KKM/2009 du Vice-Ministre des Infrastructures, Travaux Publics et Reconstruction transmettant le dossier du marché au Ministre du Budget pour liquidation du BDE n°091721 d'un montant de USD 570 464,37 représentant 60 % du montant du marché au titre d'avance de démarrage pour l'exécution des travaux.

Par son recours, la Requérante réclame un règlement à l'amiable de ce différend. Enfin, la Requérante réclame l'exécution de la Décision n° 208/CA/2008 du Conseil des Adjudications du Gouvernement.

2.3.2. MOYENS DE DEFENSE DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

a. SUR LA FORME

L'Autorité Contractante avance qu'en date du 18 février 2014, le Ministre de l'Emploi, du Travail et de la Prévoyance Sociale a procédé à la pose de la première pierre pour la **construction du siège administratif R+2 de l'ONEM** et non pour la **construction du siège administratif** comme le fait savoir la Requérante.

Elle poursuit en déclarant qu'aux termes de la loi 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, le recours en suspension ou en annulation de la procédure de l'Appel d'Offres n° 001/AON/Tx/ETPS/ONEM/DG/2013 pour la construction de cet immeuble R+2 devait intervenir cinq jours après notification aux soumissionnaires concernés par l'appel d'offres. Ce qui n'est pas le cas pour la Requérante, estime l'Autorité Contractante.

Elle renchérit en déclarant qu'avant le lancement de l'Appel d' Offres National n°001/AON/Tx/ETPS/ONEM/DG/2013, elle avait échangé avec le Directeur Général de WEMAK International sur le dossier qui jadis, était traité par le Conseil des Adjudications du Gouvernement et la Direction de Bâtiments Civils. Elle lui aurait conseillé d'y souscrire afin de respecter la nouvelle loi relative aux marchés publics.

b. SUR LES DOCUMENTS FOURNIS PAR LA REQUERANTE

L'Autorité Contractante avance qu'à l'époque de la Décision du Conseil des Adjudications, le Ministère de l'Emploi, du Travail et de la Prévoyance Sociale n'aurait pas été l'Autorité Approbatrice de ce marché et l'ONEM n'en aurait pas été l'Autorité Contractante car ces prérogatives seraient dévolues au Conseil des Adjudications.

La liquidation de 60 % du coût du marché, à titre d'avance n'avait jamais été payée à la Requérante en son temps malgré l'existence des crédits disponibles au Ministère de l'Emploi, du Travail et de la Prévoyance Sociale, sensé financer la construction dudit bâtiment par la Requérante.

L'Autorité Contractante fait observer que deux lettres de marché auraient été transmises par la Requérante dont la première ne porterait ni date, ni numéro, sans cachet, mais deux paragraphes probablement des techniciens des services techniques du Ministère des ITPR. La Requérante ne l'ayant pas contresignée, il serait normal que cette dernière ne fût payée jusqu'aujourd'hui.

La seconde lettre de marché quant à elle, ne porte pas non plus de date, ni de cachet, mais elle est signée seulement par le Vice-Ministre des ITPR au nom de son titulaire et porte le n° ITPR/BC/0640/JMM/2009 du 29 février 2009. L'Autorité Contractante se demande comment le Trésor Public peut-il payer un contrat unilatéralement signé étant donné que la Requérante n'y a même pas posé son paraphe.



Pour conclure, l'Autorité Contractante avance que les documents qu'a transmis la Requérante sont douteux pour des raisons évoquées ci-dessus. Par conséquent, le recours aux prescrits de l'article 82 de la loi relative aux marchés publics est inopérant.

L'Autorité Contractante estime que la Direction des Bâtiments Civils voulait faire construire un bâtiment administratif simple sans précision aucune alors que l'ONEM veut faire construire un bâtiment R+2.

Selon l'Autorité Contractante, pour parler de double attribution, les offres devraient être conformes c'est-à-dire qu'elles doivent présenter les mêmes spécifications techniques, autrement, il s'agit de deux marchés différents. Ce qui est le cas dans ce dossier, conclut-elle. En revanche, pour parler de double contrat, il eut fallu que WEMAK International ait signé la lettre de marché (contrat) conjointement avec l'Autorité Contractante de l'époque.

2.3.3. ANALYSE DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

A la lumière des éléments du dossier, le Comité de Règlement des Différends relève que:

A) Sur l'authenticité de la lettre de marché

Par sa lettre référencée 1577/ARMP/DREG/DREC/STS/2014 du 23 octobre 2014, l'ARMP a demandé au Ministre de l'Aménagement du Territoire, Urbanisme, Habitat, Infrastructures, Travaux Publics et Reconstruction de vérifier et de confirmer l'authenticité de ladite lettre de marché. Jusqu'à ce jour, cette lettre est demeurée sans suite.

En dépit de l'absence de la réponse du Ministre de l'Aménagement du Territoire, Urbanisme, Habitat, Infrastructures, Travaux Publics et Reconstruction à la lettre susmentionnée, le Comité de Règlement des Différends relève que ladite lettre de marché à son dernier paragraphe stipule : *« Je vous prie d'accuser réception de la présente et me marquer votre accord sur son contenu, au plus tard 72 heures après son enregistrement dans vos livres, et marquer la mention "lu et approuvé" sur sa photocopie. Passé ce délai, la présente lettre de commande sera considérée comme nulle et non avenue. »*

Le Comité de Règlement des Différends note que la lettre de marché a été retournée au Ministre des Infrastructures, Travaux Publics et Reconstruction avec la mention "lu et approuvé" en date du 29 mai 2009. Cette mention donne à la lettre de marché le caractère contractuel.

Concernant le doute formulé par l'Autorité Contractante sur l'authenticité de la lettre de marché, le Comité de Règlement des Différends note que ce moyen n'est pas fondé car le dossier en rapport avec le marché a été transmis le 08 juillet 2009 pour liquidation à son Excellence Monsieur le Ministre du Budget, par lettre n° CAB/MIN-ITPR/0813/SBK/KKM/2009 de son Excellence Monsieur le Ministre des ITPR.

Ce moyen développé par l'Autorité Contractante est par conséquent non fondé.



B) Le recours de la Requérante devait intervenir cinq jours après notification des soumissionnaires qui ont souscrit à l'appel d'offres.

Aux termes de l'article 75 de la loi 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.

Le Comité de Règlement des Différends relève que c'est en sa qualité de cocontractant et non de soumissionnaire ni de candidat que la Requérante a exercé son recours pour s'être sentie lésée par une attribution d'un marché pour lequel elle est titulaire.

Cette qualité de cocontractant découle de la lettre de marché réceptionnée par la Requérante le 28 mai 2009 et retournée avec la mention "lu et approuvé" le 29 mai de la même année, en conformité avec l'esprit de ladite lettre.

Un tel recours (recours d'exécution) n'est assujéti à aucun délai pour être exercé.

Partant, ce moyen développé par l'Autorité Contractante n'est pas fondé.

C) La Requérante aurait concouru au marché relatif à la construction d'un bâtiment administratif simple, différent de celui que l'Autorité Contractante veut faire construire (bâtiment R+2).

L'Autorité Contractante estime que le marché confié à la Requérante suivant la décision n° 208/CA/2008 du 12 décembre 2008 du Conseil des Adjudications du Gouvernement est différent de celui qu'elle a confié à l'entreprise SCICO sprl.

Pour le Comité de Règlement des Différends, ce moyen est sans objet car l'Autorité Contractante est liée par le marché gagné par la Requérante. En effet, l'attribution par le Conseil des Adjudications du Gouvernement de ce marché a été faite conformément à la réglementation en vigueur.

Cet argumentaire de l'Autorité Contractante n'est donc pas fondé.

D) Sur l'exécution de la lettre de marché n° CAB/MIN-ITPR/SG-ITP/BC/0640/JMM/2009 du 26 mai 2009 et de la facture n° WEMAK/ITPR/ONEM/28052009/01.

Aux termes de l'article 33 du Code Civil livre III (CCLIII), les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles doivent être exécutées de bonne foi.

Le Comité de Règlement des Différends précise que l'exécution du marché engage la responsabilité des parties du fait des obligations qui en découlent. Les conditions de mise en jeu de la responsabilité contractuelle en matière des marchés publics sont celles de droit commun. En effet, il faut un contrat, une faute et un dommage lié à la faute.

1. Un contrat : marché

Le marché doit avoir été conclu régulièrement. Dans le cas sous examen, le marché a été conclu régulièrement et sanctionné par la lettre de marché n°CAB/MIN-ITPR/SG-ITP/BC/0640/JMM/2009 du 26 mai 2009.

2. Une faute

La responsabilité contractuelle est en principe une responsabilité pour faute : l'inexécution ou la mauvaise exécution du marché.

Le Comité de Règlement des Différends note que tout manquement à une obligation contractuelle constitue une faute.

3. Un dommage né de la faute

3.1. Un dommage

Le dommage doit être certain, direct et propre à celui qui l'invoque.

L'existence d'un préjudice n'a pas à être prouvée lorsque la faute vient du retard du cocontractant à exécuter ses prestations ou de l'administration à payer ce qu'elle doit (Catherine BERGAEL, Frédéric LENICA, le contentieux des Marchés publics, Imprimerie nationale, 2004, n°142).

Le préjudice peut aussi naître d'un marché résilié abusivement (Catherine BERGAEL, Frédéric LENICA, op.cit., n° 142). Tel est le cas d'espèce.

3.2. Un lien de causalité entre la faute et le dommage

La responsabilité contractuelle ne peut être engagée que s'il y a un lien direct entre la faute commise par une partie et le préjudice subi par l'autre.

Dans le cas sous examen, le Comité de Règlement des Différends constate que la Requérante a subi un préjudice du fait de la non exécution des engagements de l'Autorité Contractante.

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 recours de l'entreprise WEMAK INTERNATIONAL du 28 août 2014, réceptionné à l'ARMP le 01 septembre 2014 et enregistré sous le RE 05/REC/ARMP/2014 ;

Considérant l'avis technique et juridique de la Direction Générale de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics du 08 avril 2015 et les différentes pièces du dossier;

Déclare recevable et fondé le recours de la Requérante ;

EMET L'AVIS QUI SUIT :

En raison des griefs soulevés ci-haut, il sied que l'Autorité Contractante et la Requérante procèdent à un règlement amiable sur l'indemnisation à allouer à cette dernière.

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 23 avril 2015 à laquelle ont siégé *Madame Madeleine ANDEKA OLONGO (Présidente)*, ainsi que *Messieurs MBUY MBIYE TANAYI, Marcel MALENGO BAELEABE, Jean Raphaël LIEMA IMENGA et Théo Pierre KASANDA MUSHALA (membres)*, avec l'assistance de *Messieurs Stanislas SELEMANI TAMBWE, Joël DIAMONIKA DOKOLO et Madame Yvette MULOMBWE MAMBA (Assistance Technique et administrative du Comité de Règlement des Différends de l'ARMP)*.

Madeleine ANDEKA OLONGO, Présidente ;

Messieurs MBUY MBIYE TANAYI, Membre ;

Marcel MALENGO BAELEABE, Membre ;

Raphaël LIEMA IMENGA, Membre ;

Théo-Pierre KASANDA MUSHALA, Membre.

