



DE : 02/REC/ARMP/2016

Le Ministre des Finances du Gouvernement
Central / le Gouvernement de l'Ex Province
du Katanga

AVIS N° 01 /17/ARMP/CRD DU 08 MAI 2017 DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS DE L'AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS STATUANT EN COMMISSION DES LITIGES SUR DENONCIATION DU MINISTRE DES FINANCES RELATIVE AUX IRREGULARITES CONSTATEES DANS LA PROCEDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PORTANT PROJET DE CONCEPTION, DE CONSTRUCTION, DE MISE EN ŒUVRE ET DE TRANSFERT DE NOUVELLES INSTALLATIONS DU POSTE FRONTALIER DE KASUMBALESA, SIGNE ENTRE LE GOUVERNEUR DE L'EX PROVINCE DU KATANGA, AGISSANT AU NOM ET POUR LE COMPTE DU GOUVERNEMENT DE LA REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO ET LA SOCIETE KATANGA BORDER POST COMPANY LIMITED, KBP.

EN CAUSE :

LE MINISTRE DES FINANCES

Boulevard du 30 juin, Commune de la Gombe, Kinshasa, Courriel :
cabfinances@minfinrdc.com

Ci-après dénommée **PARTIE PLAIGNANTE**

Contre :

LE GOUVERNEMENT DE L'EX PROVINCE DU HAUT-KATANGA

Av Kasa-Vubu,

Lubumbashi-Province du Haut Katanga.

Téléphone : 099701 1982-099701 2110

Fax:0999975 595

Ci-après dénommée **PARTIE MISE EN CAUSE**

I. RESUME DES FAITS

Dans le but de moderniser et décongestionner la frontière de Kasumbalesa ainsi que d'harmoniser les opérations frontalières de deux côtés de la frontière, conformément à l'approche BOT (Build Operate and Transfer) et aux principes de Partenariat Public Privé, le Gouverneur de la Province du Katanga a au nom de la République Démocratique du Congo, signé un contrat de concession en date du 22 avril 2016, avec la société Katanga Border Post « KBP » en sigle, en vue de la mise en œuvre du projet de construction de nouvelles installations modernes au poste frontalier de Kasumbalesa.

Dans le cadre de l'exécution de la 1^{ère} phase dudit projet, la société KBP a financé, à hauteur de 15 000 000 USD, les travaux de construction de nouvelles installations du poste frontalier de Kasumbalesa qui ont été officiellement inaugurés en date du 11 novembre 2016 par le Président de la République.

Conclu initialement pour une durée de 20 ans avec possibilité de prolongation de 5 ans, le gouvernement s'étant aperçu que 5 ans suffisaient pour amortir le capital, est revenu à la charge par la signature au mois de septembre 2012 du premier avenant audit contrat. En sus, les parties se sont convenues d'intégrer dans cet avenant pour la 1^{ère} phase de ce projet, les travaux d'extension du parking ; portant ainsi l'investissement initial de 15 000.000 USD à 16 500.000 USD, soit une majoration de 10%.

En date du 20 janvier 2015, les parties ont décidé de prolonger de 10 années supplémentaires la période de concession en signant l'avenant n°2 au contrat initial. Cet avenant concerne la réalisation des projets supplémentaires dont le coût total s'élève à la somme de 30 000 000 USD répartis comme suit :

- Travaux d'extension du poste frontalier : 10 000 000 USD
- Réhabilitation et équipement de l'hôpital Sendwe : 20 000 000 USD dont 12 000 000 USD pour la réhabilitation et 8 000 000 USD pour son équipement.

Par sa lettre référencée CAB/MIN/FINANCES/ECO/2016/5865 du 09 août 2016, Son Excellence Monsieur le Ministre des Finances a saisi l'ARMP en dénonciation des irrégularités constatées dans la procédure de passation du contrat portant projet de conception, de construction, de mise en œuvre et de transfert de nouvelles installations du poste frontalier de Kasumbalesa signé le 22 avril 2011 entre l'ancien Gouverneur de l'ex-province du Katanga, agissant au nom et pour le compte du gouvernement de la République Démocratique du Congo et la société KATANGA Border Post Compagnie Limited, KBP.

Y réagissant, par sa lettre n°1202/ARMP/DG/DREG/DREC/MM/2016 du 11 août 2016, l'ARMP a demandé à Son Excellence Monsieur le Ministre des Finances de lui communiquer une copie du contrat susmentionné afin de permettre un traitement diligent du dossier.

Cette lettre est demeurée sans suite jusqu'à ce jour.

L'ARMP, par sa lettre référencée 1209/ARMP/DG/DREG/DREC/MM/2016 du 16 août 2016, s'est aussi adressée au Gouverneur de la Province du Haut-Katanga, dans l'Ex Province du Katanga, lui demandant en sa qualité d'Autorité Contractante de lui communiquer son mémoire en réponse en vue du traitement de la dénonciation.

Par sa lettre référencée 10/00578/CAB/GP/HAUT-KAT/2016 du 17 août 2016, le Gouverneur du Haut-Katanga a accusé réception de la copie lui réservée de la lettre du Ministre des Finances référencée CAB/MIN/FINANCES/ECO/2016/5865 du 09 août 2016 adressée au Directeur Général de l'ARMP, en réservant une copie à l'ARMP avec ses éléments de réponse.

Par sa lettre référencée 1249/ARMP/DG/DREG/DREC/MM/2016 du 24 août 2016, l'ARMP s'est aussi adressée au Directeur Provincial de la Direction Provinciale du Contrôle des Marchés Publics de la Province du Haut-Katanga, dans l'Ex Province du Katanga, lui demandant l'implication de la Direction Provinciale du Contrôle des Marchés Publics quant au contrôle a priori de la délégation de service public susmentionnée ainsi que les copies des différents avis de non objections (ANO) accordés à toutes les étapes de la procédure de passation du marché susmentionné.

Y faisant suite, par sa lettre référencée 0075/DIR/DPCMP/HAUT-KAT/2016 du 27 septembre 2016, le Directeur Provincial de la Direction Provinciale du Contrôle des Marchés Publics de la province du Haut-Katanga a accusé réception de la lettre lui adressée par l'ARMP référencée 1249/ARMP/DG/DREG/DREC/MM/2016 du 24 août 2016, et a affirmé qu'en 2011, la structure de la Direction Provinciale en province n'existait pas encore. C'est en 2013, que cette dernière a été créée par l'arrêté n°00010 du Gouverneur de Province. Raison pour laquelle les avis de non objections n'avaient jamais été accordés dans toutes les étapes de la procédure de passation de ce marché.

Par sa lettre n°1259/ARMP/DG/DREG/DREC/MM/2016 du 26 août 2016, l'ARMP a demandé au Directeur Général de la Société KATANGA Border Post Company Limited de lui communiquer une copie de l'offre, le coût de la conception, de la construction, celui de la mise en œuvre des nouvelles installations du poste frontalier de Kasumbalesa, le contrat signé entre les deux parties ainsi que son mémoire en réponse.

Y réagissant, par sa lettre du 15 octobre 2016, Monsieur le Représentant des Actionnaires KBP a transmis son mémoire en réponse ainsi que les pièces du dossier en donnant sa position face à la dénonciation.

2. ANALYSE

2.1 SUR LA RECEVABILITE

Aux termes de l'article 53 al 1 du décret 10/21 du 02 mai 2010, portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics, *le comité de règlement des différends est chargé de recevoir les dénonciations des irrégularités constatées par les parties intéressées ou celle connues de toute autre personne avant, pendant et après la passation ou l'exécution des marchés publics et délégation de service public. Si ces faits caractérisent des violations de la réglementation relative à la passation des marchés publics, le Directeur Général saisit, soit la commission des litiges soit la formation disciplinaire, selon les cas ; si ces faits caractérisent également des violations de la réglementation relative à l'exécution des marchés publics, le Directeur Général saisit le comité en formation*

disciplinaire ; s'ils constituent une infraction, l'Autorité de Régulation des marchés publics saisit les juridictions compétentes ;

Aux termes de la disposition légale susvisée, il se dégage que les conditions de recevabilité porte sur la saisine du Comité de Règlement des Différends des irrégularités constatées par les parties intéressées ou celles connues de toute autre personne, avant, pendant et après la passation ou l'exécution du marché et délégation de service public.

Les faits développés supra renseignent que par sa lettre référencée CAB/MIN/FINANCES/ECO/2016/5865 du 09 août 2016, Son Excellence Monsieur le Ministre des Finances a dénoncé les mauvaises pratiques dans le processus de passation des marchés du contrat signé le 22 avril 2011 entre l'ancien Gouverneur du Katanga, agissant au nom et pour le compte du Gouvernement de la République Démocratique du Congo, et la société KATANGA Border Post Company Limited, KBP du poste frontalier de Kasumbalesa dans la province du Haut-Katanga ex province du Katanga et ce, conformément aux dispositions de l'article 53 al 1 du décret susvisé.

Les conditions de recevabilités étant remplies, la dénonciation sera déclarée recevable.

2.2. FONDEMENT DU RECOURS

2.2.1 L'OBJET DU LITIGE

La dénonciation porte sur le non-respect de la procédure de passation des Marchés Publics dans le contrat portant projet de conception, de construction, de mise en œuvre et de transfert de nouvelles installations du poste frontalier de Kasumbalesa. Non-respect qui se résume en six principaux points :

1. Le contrat n'aurait pas été conclu conformément à la procédure prévue par la loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, en ceci que s'agissant d'une concession, donc d'un type de délégation de service public, la passation du marché aurait dû passer par un appel d'offres , précédé d'une publicité conformément aux articles 34 de la loi sus évoqué et 129 du Décret 10/22 du 02 juin 2010 portant manuel de procédure de la loi relative aux marchés publics ;
2. La signature de ce contrat n'aurait pas obtenu l'avis favorable de la DGCMP et ni fait l'objet d'approbation par Décret du Premier Ministre, délibéré en Conseil des Ministres, tel que l'exige l'article 19, 1^{er} tiret du Décret n°010/34 du 28 décembre 2010 fixant les seuils de passation, de contrôle et d'approbation des marchés publics ;
3. Aucune preuve n'indiquerait qu'il y a eu délégation du pouvoir central au pouvoir provincial pour la signature du contrat ;
4. Il y a eu confusion au niveau du contrat entre la notion de concession de service public et celle de marché des travaux ;

5. Le coût de la conception et de la construction des installations n'apparaît pas dans le contrat de base ;
6. La fixation à l'article 2 de l'avenant 1 du contrat d'un taux d'intérêt annuel en faveur des actionnaires semble contraire au principe de rémunération retenu dans la définition de la délégation de service public donnée par l'article 5 de la loi relative aux marchés publics et qui prévoit que cette numération est assurée par les résultat de l'exploitation du service.

2.2.2. MOTIFS AVANCES PAR LE MINISTRE DES FINANCES DU GOUVERNEMENT CENTRAL A L'APPUI DE SA DENONCIATION.

A l'appui de sa dénonciation, le Ministre des Finances du Gouvernement Central soutient que :

- Le contrat n'a pas été conclu conformément à la procédure prévue par la loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, en ceci que s'agissant d'une concession, donc d'un type de délégation de service public, la passation du marché aurait dû passer par un appel d'offres , précédé d'une publicité conformément aux articles 34 de la loi sus évoqué et 129 du Décret 10/22 du 02 juin 2010 portant manuel de procédure de la loi relative aux marchés publics ;
- La signature de ce contrat n'a pas obtenu l'avis favorable de la DGCMP et n'a pas fait l'objet d'approbation par Décret du Premier Ministre, délibéré en Conseil des Ministres, tel que l'exige l'article 19, 1^{er} tiret du Décret n°010/34 du 28 décembre 2010 fixant les seuils de passation, de contrôle et d'approbation des marchés publics ;
- La preuve qu'il y a eu délégation du pouvoir central au pouvoir provincial pour la signature du contrat n'est pas fournie ;
- Il y a eu confusion au niveau du contrat entre la notion de concession de service public et celle de marché des travaux ;
- Le coût de la conception et de la construction des installations n'apparaît pas dans le contrat de base ;
- La fixation à l'article 2 de l'avenant 1 du contrat d'un taux d'intérêt annuel en faveur des actionnaires semble contraire au principe de rémunération retenu dans la définition de la délégation de service public donnée par l'article 5 de la loi relative aux marchés publics et qui prévoit que cette numération est assurée par les résultat de l'exploitation du service.

En conclusion, le Ministre de Finances dénonce cette pratique qui n'est pas de nature à encourager la transparence, l'équité et surtout le principe de l'économie ainsi que celui de l'efficacité dans le processus de passation de marché et demande l'annulation de ce contrat.

2.2.4 MOYENS DEVELOPPES PAR LE GOUVERNEUR DE LA PROVINCE DU HAUT-KATANGA

Dans sa réponse à la copie de la dénonciation lui réservée par son Excellence Monsieur le Ministre des Finances, le Gouverneur de la Province du Haut-Katanga soutient que les faits évoqués dans la dénonciation sont fondés ; néanmoins il relève les observations ci-dessous :

1. En ce qui concerne l'appel d'offres qui aurait dû précéder la passation du Marché, il y a lieu de noter que KBP n'était pas demandeur. C'est la partie congolaise qui avait sollicité que l'Entreprise qui avait construit le poste frontalier du côté Zambien (à Kasumbalesa), apporte la même technologie du côté Congolais. Les travaux ont été exécutés sous le Haut-Parrainage et le regard attentif de Son Excellence Monsieur le Président de la République, Chef de l'Etat qui a aussi assuré personnellement l'inauguration de cette imposante infrastructure ;
2. De l'avis favorable de la DGCMP et du Décret du Premier Ministre, dans le cas d'espèce, l'arrêté interministériel numéro 038/CAB/MIN/PLAN/2012 et N° 431/CAB/MIN/FIN/2012 du 12 Mars 2012 portant agrément du projet d'investissement de la Société Katanga Border Post Company Limited « KBP » SPRL du Ministère du Plan et du Ministère des Finances, les deux Ministres du Gouvernement Central, avait valablement couvert cette lacune ;
3. S'agissant de la délégation des pouvoirs du Ministère des Infrastructures à l'ancien Gouverneur de l'ex-province du Katanga, l'arrêté ci-haut cité engage le Gouvernement de la République. En outre, plus d'une fois le Ministre des Infrastructures s'était rendu à KASUMBALESA pour superviser l'exécution des travaux. C'est à ce titre que tous les travaux ont été contrôlés et surveillés par la Division Provinciale des travaux publics. Aussi, l'avis du Ministre national en charge des travaux publics dans le livre d'or de KBP, illustre son approbation du Projet.
4. Enfin, le coût de l'investissement et la programmation financière figurent dans l'arrêté interministériel ainsi qu'à l'article 4 point 17.2.3 de l'avenant n°1.

Par ailleurs, le Gouverneur du Haut-Katanga renchérit en affirmant que l'impact négatif qui découlerait de la décision de rompre ce contrat est pluriel, à savoir :

- Le reniement de la paternité de cette œuvre au Président Joseph KABILA KABANGE, supposé avoir ignoré l'œuvre et n'avoir pas pris une part active à sa réalisation. Du coup, on attribuerait à l'ancien Gouverneur de l'Ex-Katanga et à « son complice KBP ». ce que nous n'approuvons pas pour ne pas ternir l'image de l'initiateur de la Révolution de la Modernité ;
- KBP emploie plus de 350 congolais. Rompre brusquement ce contrat, c'est mettre toutes les familles de ses employés au chômage pendant une période difficile et entamer la popularité et l'image du Président de la République que nous nous efforçons à redorer ;
- La partie congolaise ne doit imputer et faire payer à la partie KBP, les faiblesses inhérente à son administration (absence d'appel d'offres, de mandat au Gouverneur, d'avis favorable ...) l'annulation de ce contrat serait une confession tacite de la

défaillance de notre administration au vu de tous les éloges émis par diverses autorités du niveau national à l'endroit de KBP pour la bonne exécution des travaux ;

- Un procès à ce sujet peut avoir un impact néfaste sur le doing-business pendant que nous nous investissons dans l'amélioration du climat des affaires ;
- Avant de résilier le contrat de KBP, il serait mieux d'envisager une alternative sérieuse et réaliste ; dans le cas contraire, la décision de résiliation va affecter négativement les recettes et exacerber la fraude que la DGDA, l'OCC, la Police et autres services frontaliers ne parviennent pas encore à maîtriser. KBP est le seul service qui dispose d'un logiciel pouvant produire des statistiques fiables par rapport au péage et à la douane, et constitue un appui à la lutte contre la fraude. Grâce à son concours, les recettes douanières qui naviguaient autour de USD 92 millions par an ont dépassé USD 500 millions (supplantant tous les postes frontaliers de la RDC) ;
- Par ailleurs les projets sociaux dont Sendwe risquent d'être stoppés et cet hôpital de référence va rester une ruine d'autant plus que la trésorerie du Gouvernement traverse une période difficile ;
- Enfin, il (le Gouverneur) propose simplement la ré-visitation et la révision du contrat KBP-Gouvernement car il y a lieu de fidéliser l'opérateur économique KBP à la cause de la Nation RD Congolaise.

2.2.5 POINT DE VUE DE LA SOCIETE KATANGA BORDER POST « KBP », TITULAIRE DU MARCHE

Les pièces du dossier fournies par KBP comprennent l'argumentaire suivant :

- En date du 22 avril 2011 le Gouvernement de la RDC a signé conformément à l'approche BOT (Build Opérate et Transfer) et au principe du partenariat public privé (PPP) avec la société KATANGA Border Post (KBP) un contrat en vue de la mise en œuvre du projet de construction des nouvelles installations du poste frontalier de Kasumbalesa (annexe 1 et 2). Le contrat ainsi que les autres documents pertinents ont été transmis au Gouvernement ;
- Dans le cadre des pourparlers qui ont précédés la signature du contrat, KBP avait été informé que le Premier Ministre avait recommandé au Gouverneur de Province la modernisation des infrastructures du poste frontalier de Kasumbalesa, dont la zone de stationnement faisait l'objet d'engorgement par sa lettre n°RDC/GC/PM/148/2011 du 18 mars 2011 par laquelle il a demandé au Ministre National des Finances d'assurer le suivi de ce dossier ;
- Le contrat a été transmis après signature à son Excellence Monsieur le Ministre National des Infrastructures Travaux Publics et Reconstruction par le Gouverneur de Province par une lettre à travers laquelle il a sollicité l'adhésion et le soutien nécessaire de différents ministères concernés par le développement de ce projet ainsi que l'accréditation sur le chantier d'une mission de contrôle de manière à garantir la bonne exécution des travaux pour le compte de la République ;
- L'implication sollicitée dans la lettre du Gouverneur du Haut-Katanga auprès du Gouvernement de la République a été effective et perceptible à travers :

- L'organisation par le Ministre national des Infrastructures de plusieurs missions de contrôle et de suivi de l'exécution des travaux ;
- La présence régulière des délégués en province du ministère précité sur site, qui ont par ailleurs procédé à la réception provisoire et définitive des travaux avec indication de leurs coûts ;
- La participation du Chef de l'Etat ainsi que des différentes autorités de la République à la cérémonie d'inauguration du poste frontalier de Kasumbalesa ;
- La signature en date du 12 mars 2012 par le Ministère du Plan et celui des Finances de deux arrêtés Interministériels portant agrément du projet d'investissement de la société KATANGA BORDER POST « KBP » SPRL et ce, après étude approfondie du dossier par l'ANAPI et décision d'agrément prise par cette dernière.

Dans le cadre des missions dévolues à l'ARMP, une enquête a été diligentée sur les lieux afin de vérifier la conformité de la procédure de passation dudit contrat et ce, en rapport avec la loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, ses textes d'application ainsi qu'aux bonnes pratiques en la matière.

3. DU RAPPORT D'ENQUETE DILIGENTEE DANS LA PROVINCE DU HAUT KATANGA

1. La mission d'enquête de l'ARMP, conduite par son Directeur Général Adjoint, s'est déroulée dans la province du Haut Katanga à LUBUMBASHI, en collaboration avec différentes Autorités et Services de la Province agissant pour le compte de l'Autorité Contractante, et avec le responsable de la société KBP, titulaire du marché à KASUMBALESA ;
2. Elle a eu pour objectif principal de vérifier la conformité de la procédure de passation du marché ainsi que la conclusion du contrat portant sur le projet de conception, de construction, de mise en œuvre et de transfert des nouvelles installations du poste frontalier de KASUMBALESA dans la Province du Haut Katanga, au regard des dispositions et procédures édictées par la loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics et ses textes d'application;
3. Elle a eu pour objectifs spécifiques :
S'agissant d'une délégation de service public, la mission a eu pour taches de :
 - Vérifier l'ensemble de la procédure de passation de ladite délégation ;
 - Vérifier tous les documents en rapport avec le contrat ;
 - Vérifier toutes les pièces de procédure de consultation, de soumission d'offres, d'analyse des offres, de négociation, de conclusion et de signature du contrat ;
 - S'assurer de la compétence des parties signataires du contrat ;
 - Vérifier le coût du contrat de base (de la phase de conception à celle de la construction des installations) ;
 - S'assurer que le mode de rémunération dudit contrat est conforme aux prescrits de la loi ;

- Vérifier la régularité de la conclusion des avenants dudit marché ;
 - Identifier les éventuelles irrégularités, cas de violations de la réglementation, et le cas échéant établir les responsabilités ;
 - Emettre des avis et propositions ;
 - Rédiger un rapport sur les constats et violations relevés.
4. Les enquêteurs ont focalisé leur mission sur :
- la dénonciation du Ministre des Finances, énoncée en six points ;
 - les différents points recueillis des réactions de KBP ;
 - la réaction du Gouvernement Provincial du Haut-Katanga.
5. Conclusion Générale de la Mission d'enquête.

Au regard des éléments recueillis, la mission a fait le constat suivant :

a) Passation du marché de base assorti de son avenant n°1 et leur exécution

Les éléments du dossier renseignent que la passation du marché enquêté est faite en violation des prescrits de la loi relative aux marchés publics et ses textes d'application notamment aux articles 44,143, 145 du décret 10/22 du 02 juin 2010 portant Manuel de Procédure de la loi relative aux marchés publics.

Ces dispositions concernent les points suivants :

- inexistence du plan de passation de marché (PPM) ;
- inéligibilité du marché à la procédure de gré à gré au regard des articles 41 à 43 de la loi relative aux marchés public ;
- absence de l'autorisation préalable de la DGCMP ;
- absence de l'avis de l'Autorité Approbatrice.

Au regard de ce qui précède, les enquêteurs sont d'avis que la conséquence juridique des violations ci-haut énumérées entraînent la nullité du marché. Toutefois, étant donné que malgré les irrégularités, le marché a déjà été conclu et exécuté, les enquêteurs proposent, au terme de leur rapport, que le Comité de Règlement des Différends de l'ARMP approfondisse la question pour identifier les violations afin d'établir les responsabilités.

b) Conflit sur l'avenant n°2

Les éléments du dossier renseignent que la conclusion de l'avenant n°2 dans le cadre de ce marché est faite en violation des prescrits de la loi relative aux marchés publics et ses textes d'applications, spécialement en ses articles 58 de la loi relative aux marchés public et 194 du décret 10/22 du 02 juin 2010 portant Manuel de Procédure de ladite loi.

Ces dispositions concernent les points suivants :

- Le taux et la nature de l'avenant qui s'écartent de l'objet principal du contrat initial ;
- Le défaut des avis de non objection de la DGCMP malgré l'existence de cette dernière à la date de la signature de cet avenant ;
- Le défaut de l'avis de l'Autorité Approbatrice.

De ce qui précède, les enquêteurs sont d'avis que la conséquence juridique des violations ci-haut énumérées entraîne la nullité de cet avenant n°2.

Proposition de la mission

La mission estime que le contrat de base portant projet de conception, de construction, de mise en œuvre et de transfert de nouvelles installations du poste frontalier de Kasumbalesa, assorti de l'avenant n°1, sont arrivés à terme le 10 novembre 2016. Il doit être clôturé à cette date, aux termes d'une conciliation des comptes et obligations entre les parties.

Le projet a cessé de l'être et a laissé la place à un nouveau type de délégation de service public ayant pour objet la gestion de l'ancien contrat portant projet de conception, de construction, de mise en œuvre et de transfert de nouvelles installations du poste frontalier de Kasumbalesa.

Actuellement, il n'y a ni conception, ni construction. C'est plutôt la mise en œuvre qui continue et se perpétue au-delà de la période de concession initialement prévue pour 5 ans. Le transfert n'est pas envisagé à la suite de la venue de l'avenant n°2 pris en violation de la réglementation et déclaré nul et de nul effet.

La mission propose :

- Soit l'annulation pure et simple de l'avenant n°2 pour les motifs ci-hauts évoqués et le transfert immédiat de l'ancien projet à l'Autorité Contractante, par voie de négociation. Il s'en suivra la signature d'un nouveau contrat pour un nouveau type de délégation de service public portant gestion de l'ancien projet sous examen. Le mode de passation de ce nouveau marché sera décidé par l'Autorité Contractante qui choisira entre l'appel d'offres ouvert à la concurrence ou restreint et le marché de gré à gré avec ou sans KBP Company Limited. Le remboursement de KBP devra lui être assuré.
- Soit la négociation d'un contrat séparé impliquant le Gouvernement central et respectant la loi relative aux marchés public.

4. ANALYSE DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

Prenant en compte les éléments du dossier et l'analyse du rapport d'enquête, le Comité de Règlement des Différends constate ce qui suit :

4.1. Du contrat

Le Ministre National des Finances affirme dans sa dénonciation que, le contrat n'a pas été conclu conformément à la procédure prévue par la loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics en ce que, s'agissant d'une concession, donc d'un type de délégation de service public, la passation du marché aurait dû passer par appel d'offres, précédé d'une publicité conformément aux articles 34 de la loi sus évoquée et 129 du

Décret n°10/22 du 02 juin 2010 portant manuel de procédure de la loi relative aux marchés publics :

En examinant l'article 34 qui stipule que: « *Les marchés publics dont le montant est supérieur ou égal au seuil réglementaire font l'objet d'un avis d'appel à la concurrence porté à la connaissance du public. La publicité est faite par insertion, dans les mêmes termes, dans la presse nationale et/ou internationale et sous mode électronique, selon un document modèle qui en fixe les mentions obligatoires. Cette obligation concerne également les avis de pré qualification. L'absence de publicité entraîne la nullité de la procédure* » ; et l'article 41 de la loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics fixe les conditions de passation d'un marché de gré à gré en ces termes : « *un marché est dit de gré à gré lorsqu'il est passé sans appel d'offres après autorisation du service chargé du contrôle des marchés publics. La demande d'autorisation de recours à cette procédure décrit les motifs la justifiant* », ainsi que les moyens développés par le Gouverneur de la Province du Haut-Katanga, et la société KBP.

Considérant la loi n°10/010 relative aux marchés publics et ses textes d'applications, le CRD relève plusieurs irrégularités dans les termes de ce contrat, violant ainsi la loi susvisée, notamment ses articles 34, et 129 du décret portant manuel de procédures.

En ce qui concerne le seuil, 15 000.000 USD est supérieur au seuil réglementaire. Ce qui devrait normalement impliquer la publicité de ce marché. Par rapport aux éléments du dossier, tout porte à croire que ce marché a été passé de gré à gré. Faut-il noter encore que, pour le gré à gré, il aurait fallu obtenir un avis de non objection de la DGCMP. Dans le cas d'espèce, aucun élément ne prouve cela.

De ce qui précède, le CRD dira, nonobstant le contexte politique et l'urgence décrit supra, que ce contrat a été conclu en violation des règles de l'art. Néanmoins, le CRD constate qu'au jour de la dénonciation, le contrat a été largement exécuté.

Des Avenants

L'article 58 de la loi relative aux marchés publics énonce ce qui suit : « *les stipulations d'un Marché Public peuvent être modifiées par voies d'avenants dans la limite de quinze pourcent (15%) de la valeur totale du marché de base. L'avenant ne peut modifier ni la monnaie de règlement, ni la formule de révision de prix. La conclusion d'un avenant est soumise à l'autorisation du service chargé du contrôle à priori des marchés publics* ».

Les articles 197 et 200 du décret 10/22 portant manuel de procédures de la loi relative aux marchés publics stipulent :

Art.197 : *dans tous les cas, conformément à l'article 58 de la loi relative aux marchés publics, le montant cumulé des avenants ne peut excéder quinze pourcents (15%), l'autorité contractante procédera par la passation d'un nouveau marché conformément aux prescrits de la loi susmentionnée.*

Art.200 : *l'avenant est conclu et modifié selon la même procédure d'examen que le marché de base. Il ne peut modifier ni l'objet du marché, ni le titulaire du marché, ni la monnaie de règlement, ni la formule de révision de prix. La conclusion d'un avenant est soumise à l'autorisation de la direction du contrôle des marchés publics compétente endéans 15 jours calendriers au plus tard.*

Du 1^{er} Avenant :

L'analyse des éléments du dossier et du rapport d'enquête révèlent que, l'avenant n°1 a été signé au mois de septembre 2012. Au terme de celui-ci, la durée de la concession a été ramenée à 5 ans à dater du 11 novembre 2011 au lieu de 20 ans comme prévu dans le contrat initial. En sus, cet avenant a porté une modification de 10 % de la valeur totale du marché de base (soit de 15.000.000 USD à 16.500.000 USD) se justifiant par la réalisation des travaux d'extension du parking sur une superficie totale de 10.000 m² (art 17.2.3 de l'avenant n°1).

En ce qui concerne l'avis de non objection de la DGCMP tel que prévu par l'article précitée, le CRD constate au regard des éléments du dossier que, la Direction Provinciale du Contrôle des Marchés Publics, par sa lettre n°0075/DIR/DPCMP/HAUT-KAT/2016 du 27 septembre 2016, soutient que ce service n'existait pas encore et que c'est seulement en 2013 que cette dernière a été créée par l'arrêté n°00010 du Gouverneur de Province. Cela justifierait, selon elle, l'absence des avis de non objection à travers toutes les étapes de la procédure de passation de ce marché.

De ce qui précède, le CRD relève que l'avenant n°1 porte sur le même objet du marché initial et la même nature. Les modifications du prix ont été faites conformément aux dispositions réglementaires. Néanmoins, en ce qui concerne les ANO, en l'absence de la Direction Provinciale du Contrôle des Marchés Publics, la compétence demeure nationale.

Du 2^{ème} Avenant :

Ce deuxième avenant, qui a été signé en date du 20 janvier 2015 pour un montant de 30.000.000 USD, et qui « devrait » entrer en vigueur le 12 novembre 2016, porte sur :

- l'exploitation d'un pont bascule ainsi que l'installation d'un système informatique d'un montant de 10 millions de dollars ;
- la réhabilitation de l'hôpital Sendwe à Lubumbashi pour un montant de 12 millions de dollars ; et
- la fourniture et l'installation de matériels médicaux (art 2.1.1, art 2.1.1.2, art 2.1.1.3).

Considérant l'article 200 du décret susmentionné, le CRD constate que l'objet de l'avenant n°2 s'écarte quelque peu de celui du contrat initial dont l'objet était la conception, la construction, la mise en œuvre et le transfert des nouvelles installations du poste frontalier de KASUMBALESA dans la Province du Haut Katanga.

L'avenant n°1 d'un montant de 1.500.000 USD a consommé 10% sur les 15 prévus pour la constitution d'un avenant au contrat principal. Le montant de l'avenant n°2 ne devrait pas dépasser 750.000 USD (5 % restant).

Les prescrits de la loi n'ont pas été respectés vu le dépassement de 5% du solde restant.

Cet avenant a été signé pour un montant de 30.000.000 USD et affiche un dépassement de 26.250.000 USD, soit 195 %.

Pour ce deuxième avenant, non seulement la DGCMP n'a donné aucun avis de non objection, mais aussi son objet est différent de l'objet initial. Il sied de constater que son exécution va au-delà de la période de la validité du contrat initial.

4.2. De l'avis favorable de la DGCMP et de l'approbation.

Le Ministre des Finances du Gouvernement Central affirme que la signature de ce contrat n'a pas obtenu l'avis favorables de la DGCMP et n'a pas fait l'objet d'approbation par Décret du Premier Ministre, délibéré en Conseil de Ministres, tel que l'exige l'article 19, 1^{er} tiret du Décret n°010/34 du 28/12/2010 fixant les seuils de passation, de contrôle et d'approbation des marchés publics :

Pour ce qui est de l'obtention de l'avis de non objection de la DGCMP, le CRD constate qu'il n'y a pas eu obtention de l'avis de non objection.

Concernant l'approbation du marché sous examen, le CRD note que son contrat n'a pas fait l'objet de l'approbation par Décret du Premier Ministre, en violation de l'article 19, 1er tiret du décret susmentionné qui stipule « *le marché public et la délégation de service public sont approuvés par :*

- *Décret du Premier Ministre délibéré en Conseil des Ministres, pour tous les marchés publics et délégations des services publics d'un montant égal ou supérieur au seuil de passation des marchés publics par appel d'offres international et pour tous les marchés passé par le ministre ayant le budget dans ses attributions ; »*

4.3 De la délégation des pouvoirs du Ministre des Infrastructures

Le Ministre des Finances du Gouvernement Central affirme qu'il n'y a nulle part des traces de l'existence d'une délégation des pouvoirs du Ministre ayant les infrastructures dans ses attributions à l'ancien Gouverneur de l'ex province du Katanga ayant permis à ce dernier de signer le contrat au nom du Gouvernement de la République Démocratique du Congo :

Le Ministre des Finances allègue que ce contrat aurait dû être signé par le Ministre ayant les Infrastructures dans ses attributions et non par le Gouverneur du Katanga. L'absence de délégation de pouvoir devrait entraîner la nullité du contrat pour défaut de qualité dans le chef du Gouverneur du Katanga.

KBP soutient que l'implication sollicitée auprès de l'autorité du Gouvernement de la République, a été effective et perceptible à travers notamment les faits ci-après :

- L'organisation par le Ministre National des Infrastructures de plusieurs missions de contrôle et de suivi de l'exécution des travaux ;
- La présence régulière des délégués en province du ministère précité sur le site, qui ont par ailleurs procédé à la réception provisoire et définitive des travaux avec indication de leurs coûts ;
- La participation du Chef de l'Etat ainsi que des différentes autorités de la République à la cérémonie officielle d'inauguration du poste frontalier de Kasumbalesa ;
- La signature en date du 12 mars 2012 par les Ministres du Gouvernement Central en charge du Plan et des Finances de l'arrêté interministériel numéro 038/CAB/MIN/PLAN/2011 et numéro 431/CAB/MIN/FIN/2012 du 12 mars 2012 portant agrément du projet d'investissement de la société KATANGA BORDER POST « KBP » SPRL et ce, après étude approfondie du dossier par l'ANAPI et décision d'agrément prise par cette dernière, telle que constatée par le procès-verbal n.012/ANAPI/SPCA/2011 de la réunion du conseil d'agrément tenue le lundi 14 novembre 2011.

Le CRD, se référant aux ordonnances fixant les modalités de collaboration entre le Président de la République et le Gouvernement ainsi que celle fixant les attributions des ministères, le Ministre des Infrastructures est compétent et seul maître d'ouvrage des travaux à caractère national.

Au regard des ordonnances susmentionnées, le CRD relève que la mise en œuvre du projet de construction des nouvelles installations du poste frontalier de Kasumbalesa est du ressort du Gouvernement Central.

En l'absence d'une délégation de pouvoir du Gouvernement Central, la conclusion de ce contrat par le Gouverneur du Katanga est nulle et de nul effet.

4.4 Notion de Concession de service public et celle du marché des travaux

Le Ministre des Finances du Gouvernement Central renchérit qu'il y a eu confusion au niveau du Contrat entre la notion de concession de service public et celle de marché des travaux.

La société KBP soutient qu'aux termes des articles 25, 28, 29 et 34 du Décret n° 10/22 juin 2010 portant manuel de procédures de la loi relative aux marchés publics, que la différence fondamentale entre un marché public (marché de travaux, marchés de fournitures, marchés de services et marchés de prestations intellectuelles) et une délégation de service public (concession de service public, affermages et régies intéressées) réside dans le mode de règlement :

1. Dans le cas d'un marché public, le paiement est effectué directement ou indirectement par l'autorité contractante pour obtenir des fournitures, travaux ou services ;

2. Dans le cas d'une délégation de service public, l'autorité contractante demande au délégataire de réaliser et/ou d'exploiter une infrastructure destinée à rendre un service public. Le délégataire n'est pas rémunéré par l'autorité contractante sur la base des travaux ou services qu'il réalise. Il perçoit une rémunération provenant des recettes d'exploitation du service public perçues sur les usagers. Il participe au risque d'exploitation du service. Il peut éventuellement percevoir de l'autorité publique des subventions qui n'ont qu'un caractère subsidiaire.

3. Le contrat conclu par KBP n'est ni un marché public de travaux, ni une concession de service public. Il s'agit plutôt d'une concession de travaux publics.

En effet, dans le cadre d'un marché public des travaux, l'autorité contractante effectue un paiement à l'entrepreneur en contrepartie des travaux effectués.

Quand il s'agit d'une concession de service, le concessionnaire exploite l'ouvrage en recouvrant le prix du service auprès des usagers. Il perçoit une rémunération provenant des recettes d'exploitation du service public perçues sur les usagers.

Cependant à la différence de la concession des travaux publics, il n'est pas responsable des investissements initiaux et en particulier de la construction de l'ouvrage exploité.

le CRD relève que dans la loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics il est plutôt question de délégation de service définit dans son article 5 alinéa 11, *la Délégation de service public comme étant un 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.*

Le Marché public par contre est défini dans le même article à l'alinéa 20 comme *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.*

En ce qui concerne le contrat sous examen, le CRD se référant aux articles mentionnés supra, considère qu'au regard des termes du contrat, le Gouvernement Congolais en tant que personne morale de droit public a donné mandat d'une manière ou d'une autre (nous référant aux moyens développés par les parties) au Gouvernement Provincial de confier la gestion d'un service public relevant de sa compétence à l'entreprise KBP délégataire ou concessionnaire dont la rémunération est assurée par les résultats de l'exploitation dudit poste frontalier (cfr. article 12 du contrat initial). le CRD considère que ce contrat est bel et bien une délégation de service public.

Au regard de ce qui précède, le contrat sous examen est une délégation de service public et non marché public.

4.5 Du prix du contrat

Le Ministre des Finances du Gouvernement Central avance que le coût de la conception et de la construction des installations n'apparaît pas dans le contrat de base.

La société KBP relève que le coût des travaux ont été précisés à l'annexe I du contrat. Elle affirme en sus, que ce coût avait par ailleurs fait l'objet d'une contre évaluation à l'occasion de la réception des travaux. Quant au Gouvernement provincial du Haut-Katanga, ce dernier renchérit à ce sujet, que le coût de l'investissement et la programmation financière figurent dans l'arrêté interministériel cité supra (l'article 4 point 17.2.3 de l'annexe n° 1). Le coût des travaux se chiffre exactement à 15.000.000 USD.

Le CRD relève que ce montant figure bel et bien dans l'annexe n°1 du contrat et dans l'arrêté interministériel précité. Ce moyen n'est pas fondé.

4.6 Du taux d'intérêt

le Ministre des Finances du Gouvernement Central affirme que la fixation de l'article 2 de l'avenant n°1 du contrat d'un taux d'intérêts annuel en faveur des actionnaires semble contraire au principe de rémunération retenu dans la définition de la délégation de service public donnée par l'article 5 de la loi relative aux marchés publics et qui prévoit que cette rémunération est assurée par les résultats de l'exploitation du service.

La société KBP affirme que s'agissant d'une "concession des travaux", il va de soi que le remboursement du capital investi est assorti d'un taux d'intérêt annuel comme il est généralement d'usage dans le cadre de partenariat public privé (PPP) conclu sous le mode BOT.

Le CRD, se référant aux articles 5 susmentionnée et 54 de la loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics qui stipule que : *« le prix rémunère le titulaire du marché. Il est sensé lui assurer un bénéfice et couvrir toutes les dépenses qui sont la conséquence nécessaire et directe des travaux, fournitures ou services... »*, note que le prix de 15 000 000 USD présenté est sensé assurer un bénéfice et couvrir toutes les charges qui sont les conséquences nécessaires et directs des services relatifs audit projet. Le moyen développé par la partie dénonciatrice est fondé.

DE CE QUI PRECEDE :

Le CRD relève que la dénonciation lui est parvenue après que le contrat initial et l'avenant n°1 ont été signés et exécutés dans leur intégralité ;

Par ailleurs le contexte politique d'antan, à la suite de l'examen minutieux de certains éléments du dossier, exigeait la nécessité de moderniser les installations frontalières ainsi que celle d'endiguer la perte continue des revenus. A ce sujet donc, les autorités politico-administratives tant nationales que provinciales se trouvaient, dans une certaine mesure, devant l'urgence qu'imposait le développement du commerce sur le corridor nord-sud, comparativement aux nouvelles installations construites du côté de la frontière zambienne. Cet environnement politique aurait justifié la conclusion dudit contrat ;

Le CRD note que les éléments du dossier renseignent aussi que la passation dudit marché a été entaché de certaines irrégularités et violation des prescrits de la loi relative aux marchés publics et ses textes d'application, notamment le décret 10/22 du 02 juin 2010 portant Manuel de Procédures de la loi relative aux marchés publics ;

Par ces Motifs :

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

Vu la Constitution de la République du Congo du 18 février 2016 telle que modifiée à ce jour en ses articles 22 point 16 et 24 ;

Vu la loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, spécialement en ses articles 34, 41, 58 et 75 ;

Vu le décret 10/21 du 02 mai 2010 portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics en ses article 53 al 1, 36, 1^{er} tiret et 54 point 2, dernier tiret ;

Vu le décret 10/22 du 02 juin 2010 portant Manuel de Procédures en son article 129, 197 et 200 ;

Vu Décret n° 10/34 du 28 décembre 2010 fixant les seuils de passation, de contrôle et d'approbation des marchés publics en son article 19, 1^{er} tiret ;

Considérant La dénonciation de son Excellence Monsieur le Ministre des Finances du 09 août 2016 adressée à l'ARMP;

Considérant l'avis technique et juridique de la Direction Générale de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics du 25 avril 2017 et les différentes pièces du dossier et tenant compte du contexte politique d'antan ;

Le CRD est d'avis qu'à ce stade le contrat initial ainsi que l'avenant N°1 ont été largement exécutés, et il serait donc préférable au Gouvernement Central de clôturer à l'amiable ce contrat ;

A ce jour, concernant l'avenant N°2, qui s'écarte du contrat initial de par son objet, sa nature et son prix tel que démontré ci haut, tenant compte du fait qu'il n'a pas encore connu un début d'exécution, le CRD est d'avis qu'on aurait pu constituer un autre marché à part et entier au

regard de la loi relative aux marchés publics et ses textes d'applications, cfr art. 200 du manuel de procédures ;

Le CRD renchérit que, siégeant en matière d'exécution de contrat, il ne peut que se limiter à donner un avis, étant donné que le mode de règlement de litige de ce marché est prévu dans le contrat. S'agissant de l'annulation du contrat tel que sollicité par son Excellence Monsieur le Ministre des Finances du Gouvernement Central, le CRD se déclare incompétent, car cette matière relève de la compétence des Cours et Tribunaux.

Le Comité de Règlement des Différends charge le Directeur Général de l'ARMP de notifier à son Excellence Monsieur le Ministre des Finances , à la partie mise en cause, au titulaire du marché, 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 CRD à son audience du 08 /05/2017, à laquelle ont siégé Madame Madeleine ANDEKA OLONGO ainsi que Messieurs Zéphirin MVUEZOLO NGOMA, Jean Raphaël LIEMA IMENGA, Théo Pierre KASANDA MUSHALA (membres), avec l'assistance de Madame MULOMBWE MAMBA Yvette Chargée de Recours (*Assistance technique et administrative du Comité de Règlement des Différends de l'ARMP*).

Madeleine ANDEKA OLONGO, Présidente ;

Zéphirin MVUEZOLO NGOMA, Membre ;

Jean-Raphaël LIEMA IMENGA, Membre ;

Théo-Pierre KASANDA MUSHALA, Membre.

