



DE 02/REC/ARMP/2019

Dénonciation de la Maison PUNGWE contre la GCM SA

DECISION N° 08 /19/ARMP/CRD DU 13 NOVEMBRE 2019 DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS DE L'AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS STATUANT EN COMMISSION DES LITIGES SUR LA DENONCIATION DE LA MAISON PUNGWE CONTRE LA GENERALE DES CARRIERES ET DES MINES SA « GECAMINES SA », RELATIVE AU CONTRAT DE SERVICE N°1246/19303/SG/GC/2011 DU 05 OCTOBRE 2011 : « PRESTATIONS DE SERVICES DANS LES ECOLES GECAMINES SA, DANS SES GROUPES SUD, CENTRE ET OUEST ».

EN CAUSE :

MAISON PUNGWE

N°13, Avenue Lubumbashi, C/ Lubumbashi, Haut-Katanga, RD Congo
Téléphone : (+243)970052819-0970052850

Ci-après dénommée **PARTIE DENONCIATRICE**

CONTRE :

La Générale des Carrières et des Mines « GCM SA »
419 , Boulevard Kamanyola, C/Lubumbashi, RD Congo
www.gecamines.cd

Ci-après dénommée **PARTIE DENONCEE**

1. RESUME DES FAITS

La Maison PUNGWE a signé le contrat de service N°1246/19303/SG/GC/2011 en date du 05 octobre 2011 avec la Gécamines SA. Ce contrat permettait à l'entrepreneur PUNGWE de fournir des enseignants dans les écoles Gécamines suite à une insuffisance du personnel enseignant. Ledit contrat a été reconduit plusieurs fois par voie d'avenant et c'est au bout du 8^{ème} avenant que cette Maison a reçu de la part de la Gécamines la lettre référencée 805/DG/19 du 06 août 2019 lui notifiant que ce contrat ne sera pas renouvelé et ce, dans le but de se conformer à la loi en vigueur.

C'est ainsi qu'en date du 22 août 2019, la GECAMINES a lancé l'appel d'offres restreint n° 819/DG/19 auquel la Maison PUNGWE a également été invitée à concourir.

Par sa lettre référencée MP/6763/09/2019 du 16 septembre 2019, la Maison PUNGWE a introduit une dénonciation à l'ARMP évoquant le débauchage de son personnel enseignant pour faciliter la tricherie à l'appel d'offres.

Ensuite, par sa lettre référencée MP/6769/09/2019 du 23 septembre 2019, la Maison PUNGWE a fait remarquer à la GECAMINES qu'elle est en train d'utiliser son personnel alors que le contrat qui les liait était résilié. Par ce fait, elle considère que c'est une reconduction tacite du contrat, c'est pourquoi, elle réclame le paiement mensuel qui revient à 450 000 USD.

Y réagissant, par sa lettre référencée 1469/ARMP/DG/DREG/MM/2019 du 27 septembre 2019, l'ARMP a demandé à la Gécamines SA de lui communiquer le cahier des charges, le contrat de l'attributaire provisoire, les contrats du personnel de l'attributaire provisoire ainsi que son mémoire en réponse.

Par sa lettre référencée MP/6770/10/2019 du 07 octobre 2019, la Maison PUNGWE a introduit son recours gracieux auprès de la Gécamines SA dont copie réservée à l'ARMP.

En réponse à sa demande, la Gécamines SA a transmis son mémoire en réponse à l'ARMP, par sa lettre référencée n°911/DG/19 du 8 octobre 2019.

Par sa lettre référencée MP/6779/2019 du 21 octobre 2019, la Maison PUNGWE a introduit son recours en appel à l'ARMP.

2. ANALYSE

2.1 SUR LA RECEVABILITE

Aux termes de l'article 53 al 1^{er} 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 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 ;

Il se dégage des dispositions réglementaires susvisées que les conditions de recevabilité reposent 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.

Au regard du Décret invoqué supra, par sa lettre référencée MP/6763/09/2019 du 16 septembre 2019, la Maison PUNGWE est en droit d'introduire sa dénonciation à l'ARMP ayant constaté des irrégularités dans l'exécution du marché qui le liait à la Gécamines SA.

La condition de recevabilité étant remplie, la dénonciation sera déclarée recevable.

2.2. FONDEMENT DE LA DENONCIATION

L'OBJET DE LA DENONCIATION

La dénonciation de la Maison PUNGWE porte sur l'utilisation de son personnel enseignant par la Gécamines, utilisation qu'elle qualifie de débauchage en violation du contrat de service N°1246/19303/SG/GC/2011 du 05 octobre 2011.

2.2.1 MOTIFS AVANCES PAR LA PARTIE DENONCIATRICE A L'APPUI DE SA DENONCIATION

La Partie dénonciatrice avance que la GECAMINES SA fait des manœuvres tendant à détourner la main d'œuvre de son personnel enseignant au profit des autres entreprises satellites.

Les points saillants de cette allégation sont les suivants :

- La Direction des Actions Sociales de la Gécamines SA s'emploie à détourner la main d'œuvre de son personnel enseignant au profit des autres entreprises satellites en imposant aux responsables des écoles Gécamines SA d'intimer l'ordre à tous les agents de la Maison PUNGWE de démissionner pour avoir accès à différentes écoles de la Gécamines SA, le 02 septembre 2019. Sur les 795 enseignants, 17 lui ont déjà adressé leurs démissions ;
- Depuis le 26 août jusqu'au 16 septembre 2019, les enseignants de la Maison PUNGWE sont entrain de prêter dans les 108 écoles de la Gécamines SA et cela a pour effet l'application scrupuleuse de l'article 82 du code du travail, lequel interdit le débauchage du personnel du sous-traitant par l'entrepreneur principal ou par le maître d'ouvrage ;
- Ses agents continuent à prêter alors que le contrat qui les lie est à durée déterminée, ce qui ipso facto entraîne la reconduction tacite de son contrat ;
- La Maison PUNGWE a demandé à la Gécamines SA par sa lettre référencée MP/6770/10/2019 du 07 octobre 2019 d'arrêter l'utilisation irrégulière de son personnel mis à sa disposition sur une base contractuelle et pour des prestations bien précises et demande un paiement de 450.000 USD pour les prestations de ses agents pour le mois de septembre ;
- Lors de l'ouverture publique des offres le mardi 10 septembre 2019, elle a constaté les irrégularités suivantes :

- la plupart des entreprises alignées n'avaient même pas des agents engagés selon la réglementation en la matière en RDC : CNSS, ONEM, IMPOT etc.
- pas d'expérience en la matière, pire encore leurs RCCM ne reprennent pas la sous-traitance dans le domaine de l'enseignement comme activité à exercer alors que la vision du Chef de l'Etat est de privilégier l'éducation de la jeunesse avenir de demain.

Par ailleurs, elle précise que le débauchage du personnel d'autrui est strictement interdit par la loi n° 17/001 du 08 février 2017 fixant les règles applicables à la sous-traitance dans le secteur privé, spécialement en son article 24.

En conclusion, la partie dénonciatrice fustige le débauchage de son personnel enseignant en vue de faciliter la tricherie à l'appel d'offres restreint N°819/DG/19 lancé par la Gécamines SA.

2.2.2 MOYENS DEVELOPPES PAR LA PARTIE DENONCEE

Dans son mémoire, elle soutient notamment que :

- Les deux parties ont été liées par le contrat n°1246/19303/SG/GC/2011 du 05 octobre 2011 relatif aux prestations de services dans les écoles Gécamines. Ce contrat d'une durée de 10 mois à partir du 05 septembre 2011, sera reconduit systématiquement pour toutes les années scolaires suivantes jusqu'au 01^{er} septembre 2019 et ce, par voie d'avenants ;
- Pour se conformer au principe de concurrence et pour besoin de plus d'efficacité, pour l'année scolaire 2019-2020, elle a décidé d'ouvrir le marché à d'autres entrepreneurs en procédant par un appel d'offres restreint, scindé en 4 lots et la Maison PUNGWE a été également appelée à concourir avec les autres pour le lot de LUBUMBASHI;
- Ayant appris qu'Elle n'avait pas été classée en première position à l'issue de la procédure, Maison PUNGWE a saisi le Comité de Règlement des Différends de l'ARMP, dénonçant le débauchage de son personnel enseignant par la Gécamines SA dans le but de faciliter la tricherie ;
- La GECAMINES SA est surprise par la décision hâtive du CRD qui s'est précipité à prendre une mesure conservatoire sans se référer à elle et surtout au vu du motif de la plainte, qui n'est pas en rapport avec la procédure de passation de marché car aucune irrégularité n'a été dénoncée. Les faits lui reproché, encore faut-il l'établir, devait en principe être porté devant d'autres instances judiciaires ;
- Pour soutenir son argumentaire, la partie dénonciatrice a invoqué deux dispositions légales sans démontrer de quelle manière la Gécamines SA est allée à leur encontre se rendant de la sorte coupable du fameux débauchage. L'article 82 du code du travail stipule : « le sous-entrepreneur est la personne physique ou morale qui passe avec un entrepreneur un contrat écrit ou verbal pour l'exécution d'un certain travail ou la fourniture de certains services moyennant un prix forfaitaire. Il engage lui-même la main d'œuvre nécessaire ». Tandis que l'article 24 de la loi n°18/016 du 09 juillet 2019 relative au partenariat public privé stipule : « la conclusion du contrat de partenariat public-privé est soumise aux préalables ci-après :
 - l'identification du projet et la réalisation d'une étude de faisabilité ;
 - l'évaluation de l'opportunité ;

- l'intégration des besoins dans le cadre d'un programme de développement et d'un programme budgétaire ;
- la planification d'un processus de mise en concurrence ;
- le respect des obligations de publicité et de transparence ;
- le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

La partie dénoncée (L'autorité contractante) soutient que la partie dénonciatrice n'a pas apporté la preuve de l'existence de contrat de travail entre elle et le personnel qu'elle revendique. Elle n'a pas non plus établi le lien de cause à effet entre le débauchage et la procédure de passation de marché ;

Par ailleurs, le principe de la liberté de travail étant de mise en matière de travail, le contrat de travail peut donc être rompu à tout moment par l'une des parties. C'est donc à tort qu'un employeur devrait continuer à compter parmi ses effectifs un employé qui a décidé d'arrêter de prester pour son compte ;

De ce qui précède, il appert que la saisine du CRD est une tentative désespérée du plaignant pour chercher à perpétuer le monopole de fait dont il a bénéficié durant des nombreuses années et qu'il y a donc lieu de rejeter son recours ;

L'attribution de ce marché requiert célérité parce que la suspension prolongée de la procédure risquerait de conduire à la paralysie du secteur de l'enseignement de la Gécamines SA qui occupe une place importante dans l'inter land minier du Katanga et irait par conséquent à l'encontre de l'intérêt général. Le CRD devrait de ce fait être appelé à rapporter sa décision dans les meilleurs délais.

3. ANALYSE DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

A la lumière des faits, le CRD note que la dénonciation de la Maison PUNGWE porte sur le débauchage de son personnel enseignant par la GECAMINES SA, se fondant sur les dispositions des articles 3 point 11 et 24 de la loi n° 17/001 du 08 février 2017 fixant les règles applicables à la sous-traitance dans le secteur privé.

Aux termes de cette loi, la sous-traitance est définie comme activité ou opération effectuée par une entreprise dite sous-traitante, pour le compte d'une entreprise dite entreprise principale et qui concourt à la réalisation de l'activité principale de cette entreprise, ou à l'exécution d'une ou de plusieurs prestations d'un contrat de l'entreprise principale.

Un sous-traitant ou entreprise sous-traitante est une personne physique ou morale dont l'activité, à titre habituel, temporaire ou occasionnel, est liée, par un contrat ou une conversation, à la réalisation de l'activité principale ou à l'exécution d'un contrat d'une entreprise principale.

Au regard des dispositions susvisées et des éléments du dossier, il y a lieu d'affirmer que le contrat qui a lié la GECAMINES SA et la Maison PUNGWE n'est pas un contrat de sous-traitance.

Il n'est pas contesté que la Gécamines et la Maison PUNGWE étaient liés par le contrat de service n° 1246/19303/SG/GC/2011 du 05 octobre 2011 relatif aux prestations de services dans les écoles de la GECAMINES SA.

Il s'agit d'un marché de prestations intellectuelles qui incluent aux termes de l'article 40 de la loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics les études, la maîtrise d'œuvre, les services d'assistance technique et de maîtrise d'ouvrage délégué. Ces marchés recouvrent les activités qui ont pour objet des prestations à caractère principalement intellectuel, dont l'élément prédominant n'est pas physiquement quantifiable.

Pour la GECAMINES SA, les faits pour lesquels elle est reprochée devrait en principe, être portés devant d'autres instances. Le CRD note que l'article 53 susvisé, permet à une partie intéressée (parties contractantes) de le saisir pour des **irrégularités constatées** avant, pendant et **après l'exécution d'un marché public** ou une délégation de services publics.

Il ressort des éléments du dossier dont le CRD aura égard, notamment des lettres de démission d'une partie du personnel de la Maison PUNGWE sur instruction de la GECAMINES, que cette dernière a embauché ses travailleurs après l'exécution du contrat qui liait les parties.

Le CRD constate que sans préjudice de la liberté contractuelle consacrée par le code du travail, le fait pour un co-contractant dans un marché public, en occurrence la Gécamines SA, d'embaucher une partie du personnel de son co-contractant constitue une faute.

En effet, la doctrine enseigne que la faute consiste dans une conduite répréhensible, volontaire ou involontaire. Il est de jurisprudence constante que la responsabilité civile dépend de la réunion de trois conditions suivantes :

- Un dommage (ou préjudice) ;
- Un fait dommageable ayant provoqué ce préjudice ;
- Un lien de causalité entre le préjudice et le fait dommageable.

Dans le cas d'espèce, le CRD relève qu'en privant la Maison PUNGWE d'une partie de son personnel, il s'agit d'un préjudice pécuniaire constitué par une atteinte au patrimoine.

Le CRD note que le fait dommageable est cristallisé par l'utilisation du personnel de la Maison PUNGWE après le terme du contrat.

Par ailleurs, l'article 258 du Code Civil Livre III dispose : « *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ».

Au regard de ce qui précède, le CRD est d'avis que l'utilisation du personnel de la Maison PUNGWE par la GECAMINES SA après le terme du contrat lui a porté préjudice.

Par conséquent, la dénonciation de la Maison PUNGWE sera déclarée fondée.

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 en son article 40 ;

Vu la loi n° 17/001 du 08 février 2017 fixant les règles applicables à la sous-traitance dans le secteur privé en ses articles 3 point 11 et 24 ;

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 son article 53 au 1^{er} tiret ;

Vu le Code Civil Livre III en son article 258 ;

Considérant la note technique de la Direction Générale de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics du 12 novembre 2019 et les pièces du dossier ;

Considérant la décision avant dire droit n° 07/19/ARMP/CRD du 22 août 2019 du Comité de Règlement des Différends ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Le Comité de Règlement des Différends:

- Déclare recevable et fondée la dénonciation de la Maison PUNGWE pour les raisons évoquées supra ;
- Décide que la GECAMINES remette la Maison PUNGWE dans ses droits, en payant la somme due ;
- Dit que la suspension de la procédure due à la décision avant dire droit n° 07/19/ARMP/CRD du 22 août 2019 du Comité de Règlement des Différends est de ce fait levée.

Charge le Directeur Général de l'ARMP de notifier à la partie dénonciatrice, à la partie dénoncée, à la Direction Générale du Contrôle des Marchés Publics et à l'Autorité Approbatrice du marché, la présente décision qui sera publiée.

Ainsi décidé par le Comité de Règlement des Différends à son audience du 13 novembre 2019 à laquelle siégeaient *Madame Madeleine ANDEKA OLONGO (Présidente)*, ainsi que *Messieurs, Zephyrin MVUEZOLO NGOMA, Jean Raphaël LIEMA IMENGA, Théo Pierre KASANDA MUSHALA (membres)*, avec l'assistance de *Mesdames Yvette MULOMBWE MAMBA et Ginie SINZIDI TSANA (Assistance technique et administrative du Comité de Règlement des Différends de l'ARMP)*.

Madeleine ANDEKA OLONGO, Présidente ;

Zephyrin MVUEZOLO NGOMA, Membre ;

Raphaël LIEMA IMENGA, Membre ;

Théo-Pierre KASANDA MUSHALA, Membre.

