



RPR : 10/REC/ARMP/2014

COMHYDEV SPRL c/ LE MINISTERE DES
HYDROCARBURES

DECISION N° 23/14/ARMP/CRD DU 30 OCTOBRE 2014 DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS DE L'AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS STATUANT EN COMMISION DES LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE COMHYDEV RELATIF A L'AVIS A MANIFESTATION D'INTERETS (AMI) 002/AMI.GAZ/CGPMP/MIN-HYDRO/2014 POUR LA SELECTION D'UN OPERATEUR EN VUE DE L'EXPLOITATION DU GAZ METHANE DU LAC KIVU.

EN CAUSE :

COMHYDEV SPRL, 3526, Avenue Good Year, Kinshasa-Limete, République Démocratique du Congo, Tél (+243) 0819935457, E-mail : gerta.holdings@yahoo.fr

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

Contre :

Le Ministère des Hydrocarbures, Immeuble COHYDRO, 2^{ème} étage, Commune de la Gombe, Ville de Kinshasa, République Démocratique du Congo ;

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

1. RESUME DES FAITS ET ETAT DE LA PROCEDURE

Le Ministère des Hydrocarbures a lancé l'Avis à Manifestation d'Intérêts (AMI) 002/AMI.GAZ/CGPMP/MIN-HYDRO/2014 pour la sélection d'un opérateur en vue de l'exploitation du gaz méthane du lac Kivu.

Les candidats suivants ont manifesté leurs intérêts:

1. VARIABLE OIL & GAS ;
2. SET FOUNDATION ;
3. CONTOUR GLOBAL ;
4. KARUSS EMPOWER/EASY GLOBAL TRADE SARL;
5. ENGINEERING PROCUREMENT & PROJET MANAGEMENT "EPPM";
6. KIVU LAKE ENERGY CORPORATION "KLEC";
7. SYMBION POWER RWANDA;

8. SOCIETE DES GAZ ET HYDROCARBURES DU KIVU (SGHK) ;
9. AINSLEY ;
10. AFRICA EQUIPEMENT & ENGINEERING POWER S.A (AEE);
11. GREAT LAKE ENERGY;
12. AKAYI GROUP, INC

Après évaluation des manifestations d'intérêts des candidats, la Commission de Passation des Marchés de l'Autorité Contractante a établi la liste restreinte ci-dessous :

N°d'ordre	Candidats	Total des points
1	KLEC	76,74
2	AINSLEY	74,71
3	SYMBION POWER RWANDA	74,07
4	CONTOUR GLOBAL	70,93
5	EPPM	67,86
6	GREAT LAKE ENERGY	67,71
7	AEE POWER	63,78
8	SGHK	54,57
9	VARIABLE OIL & GAS	50,42

Par sa lettre n° M-HYD/CATM/1310/CAB/MIN/2014 du 19 septembre 2014, l'Autorité Contractante a informé la requérante du rejet de sa manifestation d'intérêts pour conflit d'intérêts.

Par sa lettre référencée COMHYDEV/00105/DAF/2014 du 25 septembre 2014 dont ampliation à l'ARMP, la requérante a introduit un recours gracieux auprès de l'Autorité Contractante.

Par sa lettre n°1327/ARMP/DREG/DREC/MM/2014 du 09 octobre 2014, l'ARMP a rappelé à l'Autorité Contractante que la réclamation de la requérante, était suspensive de la procédure du marché s'y rapportant.

En réponse à son recours gracieux, par sa lettre référencée M-HYD/CATM/1366/bis/CAB/MIN/14 du 30 septembre 2014, réceptionnée par la Requirante le 02 octobre 2014, l'Autorité Contractante a confirmé le rejet de sa manifestation d'intérêts.

Suite au rejet de son recours par l'Autorité Contractante, la Société COMHYDEV SPRL a saisi l'ARMP en appel par sa lettre référencée COMHYDEV/00108/DAF/DG/2014.

Y faisant suite, par sa lettre n°1355/ARMP/DREG/DREC/MM/2014 du 10 octobre 2014, l'ARMP a demandé à l'Autorité Contractante de lui communiquer son mémoire en réponse à la réclamation ainsi que toute la documentation y afférente comprenant les éléments ci-après :

- l'Avis à Manifestation d'Intérêts n°004/AMI.GAZ//CGPMP/MIN-HYDRO/2014 ;
- le rapport d'évaluation des manifestations d'intérêts et une copie de chaque manifestation d'intérêts.

En réponse à la lettre de l'ARMP susvisée, l'Autorité Contractante a transmis les pièces suivantes :

- l'avis à manifestation d'intérêts n°004/AMI.GAZ//CGPMP/MIN-HYDRO/2014 ;
- le rapport d'évaluation de la Sous-commission d'analyse ;
- sa lettre n°M-HYDR/CATM/1366/BIS/CAB/MIN/14 relative à la requête de COMHYDEV du 30 septembre 2014 ;
- la décision n°010/M.GAZ/CGPMP/MIN/-HYDRO/2014 du 25 juillet 2014 portant convocation de la Commission de Passation des Marchés Publics sur l'Avis à Manifestation d'intérêts relatif au recrutement d'une société pour l'exploitation du gaz méthane du lac Kivu en vue de la production de l'électricité ;
- sa lettre n° M-HYDR/CATM/1023/CAB/MIN/14 du 31 juillet 2014 ;
- la notification n° MIN-HYDR/SG/02/003/14 du 06 août 2014 des membres de la sous-commission d'analyse dont Monsieur FUTU TANGU MOSENGO ;
- sa lettre n° M-HYDR/CATM/1036/CAB/MIN/14 du 11 août 2014 ;
- le jeton de présence des membres ayant participé aux travaux de la Sous-commission technique préparatoire de l'élaboration des termes de référence sur le marché sus évoqué du 18 août 2014 ;
- la liste de présence de la réunion du 20 août 2014 sur la finalisation des termes de référence pour l'exploitation du gaz méthane du lac Kivu en vue de la production de l'électricité ;
- un document de travail de Monsieur FUTU TANGU MOSENGO lors de la commission préparatoire d'élaboration des termes de référence pour l'exploitation du gaz méthane du lac Kivu ;
- la lettre de désistement de Monsieur FUTU TANGU MOSENGO du 27 août 2014 à la Sous-commission d'analyse ;
- le jeton de présence des membres de la Sous-commission d'analyse relatif à l'évaluation des offres du 29 août 2014.

2. ANALYSE

2.1 SUR LA RECEVABILITE

L'article 73 de la loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics dispose :

« Tout candidat ou soumissionnaire qui s'estime illégalement évincé des procédures de passation des marchés publics ou de délégations 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.»

L'article 74 alinéa 2 susvisé précise que : «Elle (la réclamation) est suspensive de la procédure d'attribution définitive ».

Débouté de son recours gracieux par l'Autorité Contractante, la requérante a saisi l'ARMP en appel par sa lettre référencée COMHYDEV/00108/DAF/DG/2014.

Notifié du rejet de son recours gracieux le 02 octobre 2014 par lettre de l'Autorité Contractante référencée M-HYD/CATM/1366/bis/CAB/MIN/14 du 30 septembre 2014, la requérante a relevé appel à l'ARMP par sa lettre référencée COMHYDEV/00108/DAF/DG/2014.

Introduit dans le délai de trois jours ouvrables tel que prescrit par l'article 157 alinéa 2 du décret 10/22 du 02 juin 2010 portant Manuel de procédures de la loi relative aux marchés publics, ce recours sera déclaré recevable.

2.2 FONDEMENT DU RECOURS

Objet du litige : La société COMHYDEV SPRL conteste son éviction de la liste restreinte relative à la sélection d'un opérateur pour l'exploitation du gaz méthane du lac Kivu.

2.2.1 Les moyens développés par les parties

A. Le moyen de l'Autorité Contractante

L'Autorité Contractante soutient que s'agissant de Monsieur Frédéric FUTU TANGU MONSENGWO, ce dernier aurait pris part aux travaux de la sous-commission technique chargée de finaliser les Termes de Références et spécifications techniques sur l'exploitation du gaz méthane du lac Kivu en vue de la production d'électricité débutés le 18 août 2014. Ce dernier a démissionné de la commission de passation des marchés trois jours avant la date de dépôt des offres des candidats.

En sus, poursuit l'Autorité Contractante, en tant que Directeur Général de SOCIGAZ, Monsieur Frédéric FUTU TANGU MONSENGWO a été nommé au mois d'août courant comme membre de la sous-commission d'analyse chargée de l'évaluation des offres des candidats en phase de l'Avis à Manifestation d'Intérêts sur ce marché.

Ainsi, note-t-elle, Sieur Frédéric FUTU TANGU MONSENGWO est à la fois ingénieur-conseil de la Requêteur et en même temps expert du domaine gazier et membres des sous-commissions précitées.

En outre, l'Autorité Contractante déclare que Sieur Frédéric FUTU TANGU MONSENGWO aurait pris part aux étapes importantes de l'appel d'offres sous examen avant le dépôt de l'offre et par conséquent, détiendrait toutes les informations qui pourrait permettre à la Requêteur de constituer l'offre conforme à ses attentes en défaveur des autres candidats.

L'Autorité Contractante affirme par sa lettre du 27 août 2014, Sieur Frédéric FUTU TANGU MONSENGWO aurait décidé de démissionner de la sous-commission d'analyse.

Quant au Docteur Klaus TIETZE, l'Autorité Contractante confirme qu'il ferait partie du personnel-clé de la Requêteur alors qu'elle l'aurait sollicité officiellement par sa lettre du 31

juillet 2014 relative à la consultation restreinte du marché querellé afin de l'accompagner dans la tâche de finalisation des Termes de Référence dudit marché ainsi qu'en phase d'évaluation des offres des sociétés retenues pour la phase de Demande de Propositions.

L'Autorité Contractante soutient que le Docteur Klaus TIETZE aurait marqué son accord pour l'accompagnement du processus sous examen.

En outre, l'Autorité Contractante soutient que, dans sa lettre référencée M-HYD/CATM/1023/CAB/MIN/14 du 31 juillet 2014, il aurait rappelé aux experts Philip MORTEL, Finn HIRSLUND, Klaus TIETZE, John BOYLE, Andréas LORKE, ses consultants, de s'abstenir de figurer sur la liste du personnel clé d'un soumissionnaire.

L'Autorité Contractante conclut que c'est à juste titre que l'offre de la Requérante a été écartée pour conflit d'intérêts. En effet affirme-t-elle, aux termes de l'article 78 alinéa 2 de la loi n°10/010 du 27 avril 2014 relative aux marchés publics, il y a conflit d'intérêts lorsqu'un membre de l'Autorité Contractante ou délégante prend part à la prise de décision concernant le candidat ou le titulaire du marché public auquel il est lié par des intérêts incompatibles avec ceux de l'Etat.

Pour elle, le conflit d'intérêts est avéré car Sieurs Frédéric FUTU TANGU MONSENGWO et Klaus TIETZE auraient, chacun à son niveau, été en contact avec elle pour la finalisation des divers documents d'appréciation des candidats en phase d'AMI et de sélection des soumissionnaires pour l'étape suivante relative à la Demande de Propositions.

En ayant écarté l'offre de la Requérante pour conflit d'intérêts, l'Autorité Contractante affirme avoir respecté les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats ou soumissionnaire et de la transparence des procédures.

B. Les moyens de la Requérante

La Requérante demande la disqualification en droit comme en fait, des accusations de conflit d'intérêts retenues à sa charge par l'Autorité Contractante pour non-conformité à la loi et sollicite l'annulation de la sanction de disqualification à son endroit.

Elle affirme que la loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics viserait clairement, à son article 78 alinéa 2, s'agissant d'un conflit d'intérêts, tout comme du délit d'initié à l'alinéa 3 et de la prise illégale d'intérêts à l'alinéa 4, un membre de l'Autorité contractante ou d'une délégation de service public et nullement le candidat ou soumissionnaire à un marché public. C'est celle-là soutient-elle, la volonté énoncée et la stipulation du législateur.

La Requérante réaffirme que selon les principes généraux de droit, il ne peut exister d'infraction, ni de sanction qui ne seraient prévues par la loi (nullum crimen, nulla poena sine lege) d'une part, et que les dispositions légales à caractère pénale (lex odia) seraient de stricte interprétation. Dès lors, poursuit-elle, rien n'autoriserait une autorité publique d'en faire une interprétation extensive.

Pour la Requérante, autant le législateur aurait réservé le chapitre 1^{er} intitulé « Des dispositions pénales » au seul membre de l'Autorité Contractante, autant il a destiné le chapitre 2 intitulé « des sanctions administratives » à l'entrepreneur, fournisseur, prestataire qui se rendrait coupable de divers manquements collectivement appelés par la loi elle-même « improbité » dont :

- la tentative d'influencer les offres ou les décisions d'attribution ;
- la collusion avec des tiers aux fins d'établir des offres à des niveaux non concurrentiels ;
- la surfacturation et/ou fausse facturation ;
- les actes de corruption et de manœuvres frauduleuses.....

La Requérante réaffirme, par ailleurs, n'avoir commis aucun acte pouvant être qualifié d'improbité vis-à-vis de la procédure de passation de marché en cours ou passé et, notamment celui se rapportant au recrutement d'un opérateur pour l'exploitation du gaz méthane du lac Kivu aux fins de production de l'électricité.

S'agissant de ses relations avec le docteur Klaus et l'ingénieur Frédéric FUTU TANGU MONSENGWO, la Requérante affirme avoir apporté toutes les preuves d'avoir collaboré avec ses scientifiques « in tempore non suspecto », plusieurs années avant tout lancement de l'AMI en concerne, ce que par ailleurs l'Autorité Contractante ne lui contesterait pas.

De même, la Requérante soutient avoir spontanément communiqué à l'Autorité Contractante dans des correspondances antérieures à l'AMI, sa collaboration avec le Docteur Klaus TIETZE, et dans sa soumission à l'AMI, sa collaboration avec l'ingénieur Frédéric FUTU TANGU MONSENGWO.

Elle poursuit que l'Autorité Contractante aurait trouvé l'information de sa collaboration avec l'ingénieur Frédéric FUTU TANGU MONSENGWO, au titre d'ingénieur-conseil, dans ses documents lui adressés et non autrement, ce qui écarterait tout soupçon de comportement dolosif dans son chef.

La Requérante conclut que pour avoir spontanément mentionné les liens qui l'unissaient au Docteur Klaus TIETZE et à l'ingénieur Frédéric FUTU TANGU MONSENGWO, et cela in tempore non suspecto, elle se prévaudrait légitimement de s'être comportée en toute transparence, de manière qu'aucun grief de dol pénal ou civil et, donc aucun acte d'improbité ne sauraient être retenus contre elle.

En outre déclare-t-elle, elle est réconfortée par le départ spontané de l'ingénieur Frédéric FUTU TANGU MONSENGWO, lorsqu'il se serait trouvé, à son insu, en situation de conflit d'intérêts comme le rapporte la lettre de l'Autorité Contractante. Tel ne serait pas le cas du Docteur Klaus TIETZE qui aurait choisi de demeurer dans l'équipe d'évaluation des offres alors qu'il œuvrerait déjà au titre de consultant pour elle.

C'est pourquoi, au regard des arguments de droit développés supra, la requérante sollicite qu'elle soit relevée de sa déchéance.

2.2.2. Analyse du Comité de Règlement des Différends

Du motif relatif au conflit d'intérêts suite à l'utilisation de l'expertise de sieurs Frédéric FUTU TANGU MONSENGWO et Klaus TIETZE comme personnel-clé de la requérante

L'Autorité Contractante a évoqué l'intégration de sieurs Frédéric FUTU TANGU MONSENGWO et Klaus TIETZE comme personnel-clé de la Requérante alors qu'ils sont ses membres pour justifier le conflit d'intérêts.

Le Comité de Règlement des Différends note qu'aux termes de l'article 78 alinéa 2 de la loi relative aux marchés publics, Il y a conflit d'intérêts lorsqu'un membre de l'Autorité Contractante ou délégante prend part à la prise de décision concernant le candidat ou le titulaire du marché auquel il est lié par des intérêts incompatibles avec ceux de l'Etat.

Le Comité de Règlement des Différends relève qu'il ressort de l'analyse des pièces produites par l'Autorité Contractante, que Monsieur Frédéric FUTU TANGU MONSENGWO a siégé comme membre de la Commission de Passation des Marchés sur l'Avis à Manifestation d'intérêts relatif au recrutement d'une société pour l'exploitation du gaz méthane du lac Kivu en vue de la production de l'électricité (annexes 5, dossier des pièces de l'Autorité Contractante).

A ce titre, il a participé aux différentes réunions de l'Autorité Contractante pour l'élaboration des Termes de Référence du marché sous examen (annexes 8,9, 9bis dossier des pièces de l'Autorité Contractante).

Le Comité de Règlement des Différends note également que les services de sieur Frédéric FUTU TANGU MONSENGWO ont été rémunérés par l'Autorité Contractante (annexes11, dossier des pièces de l'Autorité Contractante).

Le Comité de Règlement des Différends relève aussi que la démission de sieur Frédéric FUTU TANGU MONSENGWO de la Commission de Passation des Marchés de l'Autorité Contractante datant du 27 aout 2014 (annexe 11, dossier des pièces de l'Autorité Contractante), est intervenue après l'élaboration et l'adoption des Termes de Référence car l'Avis à Manifestation d'intérêts a été publié le 21 août 2014.

Par ailleurs, Le Comité de Règlement des Différends souligne qu'il n'est pas contesté que sieur Klaus TIETZE, personnel-clé de la requérante, est aussi membre de la Commission de Passation des Marchés mise en place par l'Autorité Contractante pour le marché sous examen.

Dans le cas d'espèce, la Requirante reconnaît avoir recruté sieurs Frédéric FUTU TANGU MONSENGWO et Klaus TIETZE comme personnel-clé.

Au regard de la loi relative aux marchés publics, ces deux personnes qui ont participé à l'élaboration des Termes de Référence du marché querellé se trouvent en situation de conflit d'intérêts. Ce conflit d'intérêts porte sur deux intérêts incompatibles à savoir ceux privés liés à leur qualité de personnel-clé de la Requirante et ceux liés à leur qualité des membres de l'Autorité Contractante, donc de l'Etat.

Ce conflit d'intérêts est attesté par les pièces vantées supra qui prouvent à suffisance qu'en tant que personnel-clé de la Requirante, c'est à juste titre que l'Autorité Contractante a écarté sa candidature dont le personnel-clé a contribué à l'élaboration de Termes de Référence.

Le Comité de Règlement des Différends relève que contrairement à l'argumentaire de la Requirante qui affirme que le conflit d'intérêts ne se limiterait qu'aux seuls membres de l'Autorité contractante ou d'une délégation de service public et nullement aux candidats ou soumissionnaire à un marché public, tel n'est pas la volonté du législateur qui a incriminé le **candidat** ou le **titulaire du marché**.

Ainsi, la bonne foi alléguée par la Requirante et le désistement de sieur Frédéric FUTU TANGU MONSENGWO de la Commission de Passation des Marchés de l'Autorité Contractante sont inopérants.

En effet, le fait pour sieur FUTU de participer à l'élaboration des Termes de Référence de la mission et en même temps d'être membre du personnel-clé du cabinet, octroie à la Requérante un avantage inapproprié vis-à-vis des autres concurrents rompant ainsi l'égalité des candidats.

Par ailleurs, la requérante reconnaît que sieur Klaus TIETZE a choisi de demeurer dans l'équipe d'évaluation des offres de l'Autorité Contractante alors qu'elle œuvre déjà à titre de consultant pour elle.

C'est pourquoi, le motif de conflit d'intérêts évoqué par l'Autorité Contractante sera déclaré fondé en vue de faire respecter le principe fondamental d'égalité de traitement des candidats et des soumissionnaires.

3. 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 Loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux Marchés Publics, spécialement en son article 73,78 alinéa 2 ;

Vu le décret n°10/21 du 02 juin 2010 portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP), spécialement en ses articles 4 alinéa 2 point 3;

Vu le décret n° 10/22 du 02 juin 2010 portant Manuel des Procédures de la loi relative aux marchés publics spécialement en ses articles 155, 156, 157,1^{er} tiret;

Considérant la lettre de recours de la société COMHYDE référencée COMHYDEV/00108/DAF/DG/2014 adressée à l'ARMP réceptionné le 06 octobre 2014 ;

Considérant l'avis technique et juridique de la Direction Générale de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics du 23 octobre 2014 ;

Déclare le recours de la Requérante recevable et non fondé au motif que le conflit d'intérêt est avéré.

Dit que la suspension de la procédure d'attribution du recours déclaré recevable et non fondé, est ainsi levée.

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, la présente décision qui sera publiée.

Ainsi décidé par le Comité de Règlement des Différends à son audience du 23 octobre 2014 à laquelle a siégé *Madame Madeleine ANDEKA OLONGO (Présidente)*, ainsi que *Messieurs, Zéphirin MVUEZOLO NGOMA, Jean Raphaël LIEMA IMENGA, Théo Pierre KASANDA MUSHALA, MALENGO BAELEABE (membres)*, avec l'assistance de *Messieurs Aimé GBETELE MOKULONGO, Stanislas SELEMANI TAMBWE et Joël DIAMONIKA DOKOLO de la Division de Recours (Assistance Technique du Comité de Règlement des Différends de l'ARMP)*.

Madeleine ANDEKA OLONGO, Présidente ;



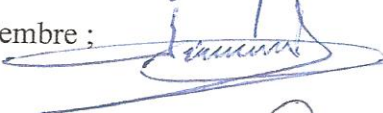
Messieurs Marcel MALENGO BAELEABE, Membre ;



Zéphirin MVUEZOLO NGOMA, Membre ;



Raphaël LIEMA IMENGA, Membre ;



Théo-Pierre KASANDA MUSHALA, Membre.

