

République Démocratique du Congo



PRIMATURE

Autorité de Régulation des Marchés Publics

A.R.M.P.

Comité de Règlement des Différends

RPR : 11/REC/ARMP/2023

*LA SOCIETE M. INTERCOM C/ LE PROJET
RENFORCEMENT DES INFRASTRUCTURES SOCIO-
ECONOMIQUES (PRISE II)*

DECISION N° 31/23/ARMP/CRD DU 03 NOVEMBRE 2023 DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS DE L'AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS STATUANT EN COMMISSION DES LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE M. INTERCOM, CONTESTANT LA DECISION D'ATTRIBUTION PROVISoire DU MARCHE DE RENFORCEMENT DES INFRASTRUCTURES SOCIO-ECONOMIQUES DANS LA REGION DU CENTRE DE LA RDC PHASE II « PRISE » DOSSIER D'APPEL D'OFFRES N°005/PRISEII-BAD/UEP/CN/T/AON/PM/04/2023 (LOTS 1 ET 3), LANCE PAR L'UEP PROJET II.

EN CAUSE :

LA SOCIETE M. INTERCOM,

Av. Colonel Ebeya, Immeuble Botour Local n°74, Commune de la Gombe, Ville de Kinshasa, République Démocratique du Congo.

Tél : +243 810 830 992

E-mail : jbayukita@m-intercom.com

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

Contre :

L'UNITE D'EXECUTION DU PROJET RENFORCEMENT DES INFRASTRUCTURES SOCIO-ECONOMIQUES (PRISE II)

Sis au n°1211, Avenue Lieutenant-Colonel LUKUSA au croisement de l'avenue TSF, en face de la Direction Générale de l'Orgaman, Commune de la Gombe, Ville de Kinshasa, République Démocratique du Congo.

E-mail : projetpriserdc@gmail.com

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

I. RESUME DES FAITS

1. Dans le cadre du projet PRISE II, le Dossier d'Appel d'Offres n°005/PRISE II-BAD/UEP/CN/T/AON/PM/04/2023 (lots 1 et 3) relatif au renforcement des infrastructures socio-économiques dans la région du centre de la RDC PHASE II « PRISE » a été lancé, auquel la Société M. Intercom a concouru ;
2. Après avoir pris connaissance de la publication de l'attribution provisoire du marché **sur les médias, par sa lettre référencée n°002/DG/IKR/09/23 du 14 septembre 2023** réceptionnée le 15 septembre 2023, **la société M. INTERCOM a introduit son recours gracieux** auprès de l'Autorité Contractante, contestant cette attribution ;
3. **Par sa lettre référencée N°CN/293/PRISE/HNPM/09/2023 du 19 septembre 2023**, l'Autorité Contractante a accusé réception du recours gracieux et a confirmé sa décision **du rejet de l'offre de la Requérante ;**
4. **Par sa lettre référencée n°004/DG/IKR/09/23** du 21 septembre 2023 réceptionnée le **22 septembre 2023, la Requérante a introduit son recours en appel auprès de l'ARMP ;**
5. En réaction, par sa lettre n°1913/ARMP/DG/DREG/2023 du 28 septembre 2023, l'ARMP a demandé à l'Autorité Contractante de lui communiquer son mémoire en réponse à ladite réclamation ainsi que la documentation y afférente comprenant notamment les pièces ci-après :
 - L'Avis d'Appel d'Offres ;
 - Le Dossier d'Appel d'Offres ;
 - L'offre de M. Intercom ;
 - Le Rapport d'Evaluation des Offres.

II. ANALYSE

2.1.SUR LA RECEVABILITE

6. Aux termes de l'article 73 de la loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, *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 public ».

7. L'article 148, du Décret n°23/12 du 03 mars 2023 portant Manuel de Procédures des marchés publics précise : *« A défaut d'un dénouement satisfaisant du recours, le candidat ou soumissionnaire lésé saisit le Comité de Règlement des Différends de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics au moyen d'un recours :*

- *Effectué par le candidat ou soumissionnaire dans les trois (3) jours ouvrables à compter de la réception de la réponse de l'autorité contractante ou de l'expiration du délai de cinq (5) jours reconnus à cette dernière pour répondre au recours gracieux ; ».*
- 8. Aux termes des dispositions légales et réglementaires susvisées, il se dégage que les conditions de recevabilité reposent sur (1) la qualité de candidat ou soumissionnaire dans le chef du Requérent, (2) l'existence d'un recours gracieux introduit auprès de l'Autorité Contractante et d'un recours en appel à l'ARMP, (3) exercés dans les délais ;
- 9. Au regard des pièces du dossier, il ressort que la Requérante est soumissionnaire dans le marché concerné, ayant introduit son recours gracieux le 14 septembre 2023 auprès de l'Autorité contractante par sa lettre n°002/DG/IKR/09/23, et ce, dans le délai légal.
- 10. Après la confirmation du rejet par l'Autorité contractante du recours gracieux de la Requérante, ce dernier a, par sa lettre n°004/DG/IKR/09/23 du 21 septembre, réceptionnée le 22 septembre 2023, saisi l'ARMP en appel.
- 11. Ayant été introduit dans le délai légal, le recours de la Requérante sera déclaré recevable.**

2.2.OBJET DE LITIGE

- 12. Il ressort des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur la contestation de la Société M. Intercom, du rejet de son offre par le PRISE II, aux motifs que la garantie bancaire de l'offre est non conforme ainsi que du défaut de qualité du signataire de l'offre.

2.2.1. Moyens développés par la Requérante à l'appui de son recours

Dans son argumentaire, la Requérante déclare ce qui suit en trois (3) moyens :

1. Premier moyen : Violation de l'article 9 (dernier alinéa) du Décret n°23/12 du 03mars 2023 portant manuels des procédures des marchés publics.

- En vertu de la loi et spécialement le dernier alinéa de l'article 9 du Décret n°23/12 du 03 mars 2023 portant manuel des procédures des marchés publics, le DAO du marché sous examen doit impérativement être conforme au DOSSIER -TYPE D'APPEL D'OFFRES UTILISE POUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE TRAVAUX émis par l'ARMP et publié dans son site web <https://www.arpmp-rdc.org//index.php/fr/documents-standards-2>;
- La Requérante estime que, les Clauses 20.1 et 20.2 des Données Particulières du DAO du marché sous examen ne sont pas conformes aux Clauses 20.1 et 20.2 des Données particulières du DOSSIER -TYPE D'APPEL D'OFFRES UTILISE POUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE TRAVAUX émis par l'ARMP, **par le fait que le**

DAO sous examen impose aux candidats un choix de garantie d'offre alors qu'il n'en fallait pas selon les stipulations du DOSSIER-TYPE D'APPEL D'OFFRES - TRAVAUX émis par l'ARMP.

- La Requérante fait remarquer que, **la DGCMP qui a validé le DAO sous examen a été induite en erreur par le l'Autorité Contractante par un qualificatif « bancaire » inséré dans garantie d'offre.**
- La Requérante suggère qu'en vertu de la Clause 20.2 des Instructions aux Candidats, l'ARMP fera observer que **la Garantie d'offre devra être au choix du Candidat** selon les formes de garantie ayant cours légal en République Démocratique du Congo.
- La Requérante souligne que, l'ARMP puisse déclarer le choix de la forme de garantie d'offre imposé par l'autorité Contractante dans son DAO sous examen non conforme aux prescrits de la loi.

2. Deuxième moyen : Violation de l'article 5 (dernier alinéa) du Décret n°23/12 du 03 Mars 2023 portant manuel de procédures des marchés publics.

- La Requérant constate que le dernier alinéa de l'article 5 du Décret n°23/12 du 03 mars 2023 portant manuel de procédures des marchés publics prévoit : **une interdiction des dispositions ou critères qui par leurs exigences particulières, écartent certaines catégories de candidats en se fondant sur d'autres considérations que celles des dispositions de la loi relative aux marchés publics.**
- La Requérante affirme que dans le cas d'espèce, l'Autorité Contractante a inséré dans son DAO une disposition imposant une forme spécifique de garantie d'offre choisie par elle alors que ce choix, tel que rappelé ci haut, relève de la compétence exclusive du Candidat. Pour l'avoir fait, les Clause 20.1 et 20.2 des Données particulières de l'appel d'offres ne sont donc pas conformes aux prescrits de la loi.
- La Requérante souligne qu'en cas espèce, l'ARMP constatera que le critère de garantie bancaire d'offre mis dans les Clauses 20.1 et 20.2 des Données particulières de l'appel d'offres DAO sous examen est une exigence contraire aux dispositions légales ; et rappellera à cet effet que seul le Candidat est habilité par la loi de fournir une garantie d'offre de son choix.

3. Troisième moyen : Violation de l'article 166 du Décret n° 23/12 du 03 mars 2023 Portant manuel des procédures des marchés publics.

- La Requérante affirme que l'article 166 du Décret n° 23/12 du 03 mars 2023 précité énumère les formes de garanties ayant cours légal en République Démocratique du Congo ;
- La Requérante s'étonne que, le Décret n 23/12 du 03 mars 2023 précité ne donne pas une préférence de choix sur une de formes de garantie d'offre. Ce même Décret n'autorise pas non plus à l'Autorité Contractante de refuser une forme de garantie d'offre ayant cours légal en République Démocratique du Congo ;
- La Requérante demande que l'ARMP puisse constater qu'en imposant un choix sur une des formes de garantie d'offre, l'Autorité Contractante s'est arrogée une prérogative qui

ne lui est pas reconnue par la Loi et rappellera à cet effet que seul le Candidat a droit d'opérer un choix quant à ce ;

- La Requérante renchérit qu'aussi, en vertu de l'article 166 du Décret n°23/12 du 03 mars 2023 précité, l'ARMP fera observer que la garantie d'offre émise par la SONAS SA fait partie des formes de garantie d'offre ayant cours légal en RDC et le refus de l'Autorité Contractante d'accepter cette garantie d'offre est contraire aux dispositions légales en matière des marchés publics ;
- La Requérante confirme que le choix qu'elle a porté sur la garantie d'offre émise par la SONAS SA est un choix du Candidat sur des formes des garanties ayant cours légal en RDC. En conséquence, l'ARMP dira que ce moyen est fondé ;
- La Requérante soutient que l'ARMP, après avoir constaté que le recours a été introduit dans la forme et de délai imparti, dira recevable et fondé le présent recours en appel ;
- La Requérante demande à l'Autorité Contractante (Projet PRISE II) de reporter sa décision d'attribution de Marchés sous examen et de passer à une nouvelle analyse desdits marchés.

2.2.2. Moyens développés par l'Autorité contractante à l'appui de sa décision

- En date du 24 et du 26 avril 2023, l'Unité de Gestion du Projet PRISE avait publié les Avis d'Appel Offres n°005 et 006/PRISE II-BAD/UEP/CN/T/AON/PM/O/2023 sur les sites de l'ARMP et de Média ainsi que dans le journal Référence Plus après avis de non-objection de la DGCMP sur les Dossiers d'Appel d'offres par sa lettre référencée n°1005/DGCMP/DG/DCP/DU'8NI/2023 du 17 avril 2023.
- Les dépôts des offres et ouvertures ont eu lieu à la date du 23 mai 2023, conformément aux dispositions réglementaires connues par les soumissionnaires.
- En vue de procéder aux analyses des différentes offres, une sous-commission d'évaluation indépendante des offres est mise sur place en faisant référence au rapport de dépôt et d'ouverture des offres.
- En vue d'apporter éclaircissements au soumissionnaire M. intercom, qui a introduit une lettre de recours auprès de l'Unité d'Exécution du projet PRISE II, cette dernière a mis à sa disposition les éléments suivants connus d'avance dans le Dossier d'Appel d'Offre ci-haut cité, s'agit de :

(1) Contrairement à l'interprétation et l'affirmation de violation de l'article 158 comme prescrite dans sa correspondance, nous lui avons signifié que cet article ne fait que décrire le rôle de la garantie de soumission en énonçant la sous-section 3 à venir qui aura pour rôle de préciser les différentes formes des garanties à articles 166 ;

(2) En ce qui concerne la forme des garanties, l'article 166 en donne trois formes pour les marchés (à savoir : le cautionnement, la garantie bancaire à prendre première demande, la garantie personnelle et solidaire et en suite la garantie fournie par les sociétés d'assurances).

- L'Autorité Contractante soutient qu'au cas présent le recours soulevé par le soumissionnaire M. Intercom renvoie et fait référence aux dispositions du Dossier d'Appel d'Offres ayant reçu l'avis de non-objection de la DGCMP comprenant l'ensemble des dispositions des données particulières du Dossier d'Appel d'Offres qui elle, ressort des dispositions générales du marché et applicable à tous.
- L'instruction au candidat (IC) au point 20.1, approuvé et reçu l'ANO DGCMP dans le DAO des données Particulières du marché, stipule que : « Une garantie bancaire d'offres par lot conformément au modèle inséré dans le Présent DAO est exigée dans le cadre de ce marché ».
- L'Autorité Contractante poursuit que les critères sur base desquels les offres ont été analysées, sont tous repris dans les deux DAO, notamment la garantie à présenter par les candidats soumissionnaires (voir l'AON et l'IC 20.1 des données particulières). Et avons suggéré au soumissionnaire M. Intercom de bien vouloir lire et s'approprier de l'entièreté du dossier d'appel d'offre et non de s'attarder uniquement sur les Dispositions Générales.

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

13. Le Comité de Règlement des Différends (CRD) note que le litige porte sur la contestation de la décision de rejet de l'offre de la Requérente contre l'attribution provisoire publiée par l'Autorité contractante aux motifs que sa garantie bancaire de l'offre n'est pas conforme au modèle inséré dans le DAO et du défaut de qualité du signataire de l'offre.
14. Le DAO n°005 et le Rapport d'évaluation des offres ont respectivement obtenu les avis de non objection de la DGCMP en dates du 17 avril 2023 et du 06 septembre 2023 en sa qualité d'organe de contrôle a priori.
15. Quoique le marché querellé soit financé par la Banque Africaine de Développement (BAD), le CRD constate que la loi n°10/010 du 27 avril 2010 a été celle utilisée par l'Autorité contractante.

3.1. A propos de la Garantie bancaire de l'offre

16. Le CRD note que la Requérente soutient qu'en vertu de la Clause 20.2 des Instructions aux Candidats, que la garantie d'offre est un choix du Candidat selon les formes de garantie ayant cours légal en République Démocratique du Congo.
17. La Requérente estime que, les Clauses 20.1 et 20.2 des Données particulières du DAO du marché sous examen ne sont pas conformes aux Clauses 20.1 et 20.2 des Données particulières du DOSSIER -TYPE D'APPEL D'OFFRES utilisé pour la passation des marchés des travaux émis par l'ARMP, par le fait que le DAO sous examen impose aux candidats un modèle de garantie d'offre alors qu'il n'en fallait pas selon les stipulations du DOSSIER-TYPE D'APPEL D'OFFRES - TRAVAUX émis par l'ARMP.

18. Le CRD constate par ailleurs que les clauses ci-dessous sont contenues dans le DAO du marché querellé :

- **20.1 des Données particulières** : « Une garantie bancaire d'offre par lot conformément au modèle inséré dans le Présent DAO est exigée dans le cadre de ce marché. » (Page 34 du DAO).
- **20.2 des Données particulières** : « le montant de la garantie bancaire d'offre est 1% par lot du montant de l'offre. Cette garantie devra être valide pour une période de 30 jours après la date limite de la validité des offres ».

19. Le CRD rappelle que conformément à l'article 166 du Décret n°23/12 du 03 mars 2023 portant manuel de procédures des marchés publics et de l'IC 20 des Instructions aux candidats du DAO, la SONAS SA en tant que société d'assurance est une institution habilitée à émettre une garantie de l'offre en RDC. A ce titre et au regard de la loi, la question de l'émetteur de la garantie est sans objet.

20. Par ailleurs, après l'examen du contenu de ladite garantie, le CRD constate certains écarts entre la garantie émise et le modèle de garantie du DAO approuvé par la DGCMP (page 22) :

- D'une part, il y a un paragraphe qui a été délibérément ajouté par l'émetteur, à savoir : « la présente garantie restera en vigueur jusqu'à la clôture de la journée du 23 septembre 2023 » ;
- D'autre part, il y a un paragraphe qui a été retiré par l'émetteur, à savoir : « Cette garantie est délivrée par en vertu de l'agrément n°... du.... Ministère de l'Economie et des Finances qui expire au... ».

21. Pour le CRD, quoi que cela ait été soumise par une institution habilitée qu'est la SONAS SA, la garantie de l'offre de la Requérante n'est pas, au regard de ces écarts, conforme au modèle repris dans le DAO tel que rappelé par l'IC 20.1.

3.2. A propos de la qualité du signataire de l'offre

22. L'autorité contractante redoute la qualité du signataire de l'offre de la Requérante. D'après son mémoire fourni à l'ARMP, une procuration du 10/11/2021 et sans période de validité donne pouvoir au Directeur des Etudes des marchés de signer les offres de soumission pendant l'absence de l'Associé Gérant.

23. D'après la Requérante, la délégation de signature est valable aussi longtemps qu'elle n'a pas été révoquée.

24. Après vérification de l'IC 21.2 de la section I du DAO évoquée par l'Autorité contractante, le CRD constate que l'original et toutes les copies de l'offre doivent obligatoirement être signés par une personne dûment habilitée. Cette habilitation est confirmée par un écrit joint au formulaire portant sur les renseignements du candidat.

25. Le CRD remarque que la procuration du 10 novembre 2021 jointe à l'offre par la Requérante n'est pas directement concernée par le marché querellé car intervenant avant même la publication de l'avis d'appel d'offres en date du 26 avril 2023. Mais face à l'absence d'un acte contraire au sujet de cette délégation de pouvoir, le CRD estime que la procuration jointe au dossier fait foi.

IV. DECISION

PAR CES MOTIFS,

Le Comité de Règlement des Différends de l'ARMP siégeant en Commission des litiges,

Vu la constitution de la République Démocratique du Congo, en son article 215 ;

Vu la loi 10/010 du 27 avril 2010 relative aux Marchés Publics, en ses articles 73 et 74 ;

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

Vu le Décret n°23/12 du 3 mars 2023 portant Manuel de Procédures des Marchés Publics spécialement en ses articles 145 à 148 ;

Considérant le recours en appel de la société M. INTERCOM du 21 septembre 2023 adressé à l'ARMP ;

Considérant l'avis technique de la Direction de Régulation de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics en date 23 Octobre 2023 ;

Après en avoir délibéré à huis clos conformément à la loi :

DECIDE :

- Déclare recevable mais non fondé le recours de la Société M. INTERCOM ;
- 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 sur le site de l'ARMP.

Ainsi décidé par le Comité de Règlement des Différends à son audience du 03 novembre 2023 à laquelle ont siégé Monsieur Hertince NTOMBA (Président), Mesdames Chantal KIDIATA et Donny MASUDI et Messieurs Declerc MAVINGA, Olivier KATANYA et Alex MUDIPANU (membres), avec l'assistance de Madame GINIE SINZIDI TSANA (*Assistance technique et administrative du Comité de Règlement des Différends de l'ARMP*).

Monsieur Hertince NTOMBA, Président

Madame Chantal KIDIATA, Membre

Madame Donny MASUDI, Membre

Monsieur Declerc MAVINGA, Membre

Monsieur Olivier KATANYA, Membre

Monsieur Alex MUDIPANU, Membre

Directeur Général a.i
Benoit Kalibat Kalemba
Vu et certifié conforme
Kalimat