



RPR 03/REC/ARMP/2016

GROUPEMENT ZETES INDUSTRIES SA
ET ZETES SA C/ LE BUREAU CENTRAL
DE COORDINATION(BCECO)

DECISION N°06/16/ARMP/CRD DU 17 JUIN 2016 DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS DE L'AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS, STATUANT EN COMMISSION DES LITIGES SUR LE RECOURS DU GROUPEMENT ZETES INDUSTRIES SA ET ZETES SA EN CONTESTATION DE LA DECISION DE REJET DE SES OFFRES RELATIVES AU DAOI N° 524/CENI/BCECO/DPM/NNT/2016/MF : FOURNITURE DES KITS D'ENROLEMENT DES ELECTEURS, DES CARTES D'ELECTEURS ET SES SOURCES D'ENERGIE POUR LA REVISION DU FICHIER ELECTORAL PAR LA COMMISSION ELECTORALE NATIONALE INDEPENDANTE (CENI).

EN CAUSE :

LE GROUPEMENT ZETES INDUSTRIES SA ET ZETES SA C/o CABINET LANFRANCHI sis boulevard du 30 juin n°10, Immeuble Galeries Moulaert, 1^{er} étage, Appartement 1A, Commune de la Gombe, Ville de Kinshasa, République Démocratique du Congo.

Tél : (00243) 819022988 – 818130843 – 998745389

E-mail : cablanfranchi@yahoo.fr

Ci- après dénommé " **REQUERANT**"

Contre :

LE BUREAU CENTRAL DE COORDINATION (BCECO) sis avenue Colonel Mondjiba n° 372, Commune de la Gombe, Ville de Kinshasa, République Démocratique du Congo.

Tél : (00243) 815136729

E-mail : bceco@bceco.cd

Ci- après dénommé " **MAITRE D'OUVRAGE DELEGUE**"

1. RESUME DES FAITS

Le Gouvernement de la République Démocratique Congo a, dans le cadre de son budget pour l'exercice 2016, mis à la disposition de la Commission Electorale Nationale Indépendante (CENI), Maitre d'Ouvrage, des fonds nécessaires en vue de la passation et exécution du marché de « fourniture des kits d'enrôlement des électeurs, des cartes d'électeur et des sources d'énergie pour la révision du fichier électoral par la Commission Electorale Nationale Indépendante. »

A cet effet, le Bureau Central de Coordination, Maitre d'Ouvrage Délégué avait publié pour le compte de la CENI, Maitre d'Ouvrage, en date du 10 février 2016 le Dossier d'Appel d'Offres International n° 524/CENI/BCECO/DG/DPM/NNT/2016/MF dans la revue « Jeune Afrique l'Intelligent » n°2875 du 14 au 20 février 2016 et dans les journaux nationaux, entre autres, « La Prospérité » n° 4197, « L'Observateur » n° 4788 et « La Reference Plus » n° 6430 ainsi que dans les sites internet de Media Congo, de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP), du Bureau Central de Coordination (BCECO) et de la Commission Electorale Nationale Indépendante (CENI).

En date du 31 mars 2016, le Maitre d'Ouvrage Délégué a procédé à la réception et à l'ouverture des offres dudit marché, parmi lesquelles celles du groupement ZETES INDUSTRIES SA et ZETES SA pour les lots 1,2 et 3.

En date du 22 avril 2016, la KBC Bank NV a transmis au Maitre d'Ouvrage et au Maitre d'Ouvrage Délégué un erratum relatif à la garantie d'offres émise en faveur de ZETES SA dans le cadre de ce marché, consistant à la faire bénéficier au Groupement ZETES INDUSTRIES SA et ZETES SA.

Par sa lettre référencée 2458/BCECO/DG/DPM/NNT/2016 du 03 juin 2016, le Maitre d'Ouvrage Délégué a notifié le Requéant du rejet des offres relatives aux lots 1,2 et 3 pour inexistence de la garantie d'offres au nom du groupement.

Se sentant lésé par cette décision, le Requéant a introduit son recours gracieux auprès du Maitre d'Ouvrage Délégué par sa lettre n° RKK/PA/ZETES/BCECO/CENI/06/2016 du 07 juin 2016.

Y faisant suite, par la lettre n°2584/BCECO/DG/DPM/NNT/2016 du 10 juin 2016, le Maitre d'Ouvrage Délégué a maintenu sa décision.

Non satisfait, le Requéant, par sa lettre n° RKK/ZETES/BCECO/CENI/11-06/2016 du 11 juin 2016 de son conseil, le Bâtonnier Richard KAZADI KABIMBA, a saisi l'ARMP d'un recours en appel.

En réaction, par sa lettre référencée 904/ARMP/DG/DREG/DREC/STS/2016 du 14 juin 2016, l'ARMP a demandé au Maitre d'Ouvrage Délégué de lui transmettre son mémoire en réponse ainsi que toute la documentation relative à ce dossier tout en rappelant l'effet suspensif de ce recours sur la procédure d'attribution du marché en cours.

En réponse, par sa lettre n°2614/BCECO/DG/DPM/PGN/2016 du 14 juin 2016 réceptionnée le 15 du même mois, le Maître d'Ouvrage Délégué a transmis son mémoire en réponse à l'Autorité de Régulation des Marchés Publics ainsi que la documentation requise.

2. ANALYSE

2.1. SUR LA RECEVABILITE

Aux termes de l'article 73 de la loi 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 publics.

L'article 156 du décret 10/22 du 02 juin 2010 portant Manuel de Procédures de ladite loi poursuit : « *la Personne Responsable des Marchés Publics est tenue de répondre dans un délai de cinq jours ouvrables au-delà duquel le défaut de réponse est constitutif d'une décision de rejet implicite du recours gracieux* ».

L'article 157, 1^{er} tiret du même décret précise : " *A défaut d'un dénouement satisfaisant du recours, le candidat ou soumissionnaire lésé saisit le Comité des Règlement des Différends de l'ARMP 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 (5) jours reconnus à cette dernière pour répondre au recours gracieux."*

Aux termes des dispositions légales et réglementaires susvisées, il se dégage que les conditions de recevabilité reposent sur la qualité de candidat ou de soumissionnaire dans le chef du Requérant, et l'existence d'un recours gracieux auprès de l'Autorité Contractante et d'un recours en appel à l'ARMP, exercés dans les délais.

Les faits ci-haut évoqués renseignent que par sa lettre du 07 juin 2016, le Requérant a introduit son recours gracieux auprès du Maître d'Ouvrage Délégué après que ce dernier lui a notifié le rejet de son offre par sa lettre du 03 du même mois.

Non satisfait de la suite réservée à son recours gracieux lui notifiée le 10 juin 2016, le Requérant a saisi l'ARMP en appel par sa lettre n° RKK/PA/ZETES/BCECO/CENI/11-06/2016 du 11 juin 2016 dans le délai de trois jours ouvrables lui reconnu par la réglementation.

Ayant rempli les conditions légales et réglementaires susmentionnées, le Recours du Requérant sera déclaré recevable.

2.3.FONDEMENT DU RECOURS

Objet du litige : Il ressort des éléments du dossier que le litige porte sur la contestation du rejet de l'offre du Requérant pour inexistence de la garantie d'offres au nom du groupement.

2.3.1 LES MOYENS DEVELOPPES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE A L'APPUI DE SA DECISION

Le Maitre d'Ouvrage Délégué avance que pendant le processus d'évaluation des offres reçues, la CENI a réceptionné en date du 26 avril 2016, soit 26 jours après la date limite de remise des offres et ouverture des plis, la correspondance du Requéran, transmettant un erratum à la garantie de soumission. Ledit erratum est signé le 22 avril 2016, soit 22 jours après la date limite de remise des offres.

Pendant l'évaluation des offres, poursuit-il, la Commission d'analyse a constaté que la garantie d'offres soumise par le Requéran désignait comme soumissionnaire, un seul membre dudit groupement à savoir ZETES SA.

Ainsi, renchérit-il, conformément d'une part, à la disposition 5.3 du guide d'évaluation relative à la garantie de l'offre qui dispose: « *La garantie de l'offre présentée par un groupement d'entreprises doit être émise au nom de tous les partenaires du groupement* » et d'autre part, à la clause 20.6 de la section I (Instructions aux Candidats) du dossier d'appel d'offres qui indique: « *La garantie de l'offre d'un groupement d'entreprises doit désigner comme soumissionnaire le groupement qui a soumis l'offre. Si un groupement n'a pas été formellement constitué lors du dépôt de l'offre, la garantie de l'offre d'un groupement d'entreprises doit désigner comme soumissionnaire tous les membres du futur groupement* ». La garantie soumise par le Requéran a été jugé non conforme, et leurs trois offres se rapportant respectivement aux trois (3) lots ont été disqualifiées.

Enfin, le Maitre d'Ouvrage Délégué note que l'erratum à la garantie de soumission sus évoqué et transmis à l'Autorité Contractante bien après la date limite de remise des offres n'a pas été considéré dans l'évaluation des offres.

2.3.2 LES MOYENS DEVELOPPES PAR LE REQUERANT A L'APPUI DE SON RECOURS

Le Requéran soutient que la décision du Maitre d'Ouvrage Délégué de rejeter son offre se fonde à tort, sur le fait que sa garantie d'offre est émise au nom d'un membre du Groupement. Il estime que cette décision est non conforme aux prescrits de la clause 20.6 des instructions aux candidats (IC) et que l'erratum de la banque transmis le 22 avril 2016 constituait une modification substantielle de la soumission car remplaçant le bénéficiaire ZETES S.A. par ZETES S.A. et ZETES INDUSTRIES S.A.

Par ailleurs, évoquant la clause 20.3 des instructions aux candidats (IC) du dossier d'appel d'offres (DAO) qui dispose: « *Toute offre non accompagnée d'une garantie, selon les dispositions de la clause 20.1 des IC, sera écartée par l'Autorité contractante comme étant non conforme* », le Requéran fait remarquer que son offre déposée le 31 mars 2016 contenait bien en **original**, une garantie d'offres de la banque KBC, cette dernière disposant de deux banques correspondantes en RDONGO (RAWBANK et ECOBANK), fût-elle au seul nom de la société ZETES S.A. avant d'être corrigée par l'erratum du 22 avril 2016 qui réprécise que cette garantie couvrait le groupement ZETES S.A. ET ZETES INDUSTRIES S.A. et ce, à dater du 31 mars 2016.

Pour lui, la validité de cette offre était donc reconfirmée conformément aux exigences.

S'appuyant sur l'article 178 du décret n° 20/22 du 02 juin 2010 portant Manuel de procédure de la loi relative aux marchés publics, le Requéant note que la validité de cette garantie d'offre n'a pas été remise en cause ni par le Maitre d'Ouvrage, ni par le Maitre d'Ouvrage Délégué qui pouvaient l'exiger à première demande à tout moment et ce, jusqu'à sa décision querellée et même à ce jour.

En outre, le Requéant se fonde sur l'article 97 alinéa g1 du décret n° 20/22 du 02 juin 2010 portant Manuel de procédure de la loi relative aux marchés publics, les clauses 29.1, 29.2 et 29.3 pour conclure que l'omission d'indiquer le groupement dans la caution n'est pas une insuffisance pouvant altérer l'engagement du groupement comme sa correction par erratum.

Selon lui, il n'y a eu ni modification du montant de la garantie, ni réduction de celle-ci, ni remise en cause de sa validité et donc pas de modification essentielle. Et ceci est d'autant plus vrai et légalement justifié que dans la soumission ZETES, il était précisé que les sociétés ZETES INDUSTRIES S.A. et ZETES S.A. étaient solidairement et conjointement liées entre elles vis-à-vis du Maitre d'Ouvrage et du Maitre d'Ouvrage Délégué.

A ce propos, le Requéant fait allusion à l'article 98 du code civil congolais livre III qui dispose que : « *Il y a solidarité de la part des débiteurs lorsqu'ils sont obligés à une même chose de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité et que le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier* ».

Du reste, il rappelle les clauses 30.1 et 30.2 des IC qui précisent que si une offre est conforme pour l'essentiel, l'autorité compétente peut tolérer la non-conformité ou omission substantielle et demander au candidat de présenter, dans un délai raisonnable, la documentation ou les informations nécessaires pour remédier. Selon lui, telle aurait été l'attitude du Maitre d'Ouvrage Délégué d'autant plus qu'une première attribution provisoire de ce marché avait eu lieu en octobre 2015 au profit de la société ZETES S.A.

Le Requéant soutient que le Maitre d'ouvrage Délégué prétend à tort que le marché attribué provisoirement à ZETES S.A. en octobre 2015 est différent de celui actuellement en litige.

Pour sa part, il s'agit de la même fourniture des biens qui ne change qu'en quantité et qualité partiellement et que c'est à tort que le Maitre d'ouvrage Délégué oppose l'article 74 de la loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics.

De même, poursuit-il, les articles 68 à 69 de la même loi qui consacrent l'ajournement ou la résiliation des marchés n'ont pas été mis en application par le Maitre d'ouvrage Délégué et notification ne lui a pas été faite de sorte que cette attribution provisoire est toujours en vigueur ; du reste elle est toujours affichée sur le site de l'ARMP.

2.2.1 ANALYSE DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS(CRD)

Le Comité de Règlement des Différends note que le Maitre d'Ouvrage Délégué a rejeté l'offre du Requéant au motif qu'il y aurait inexistence de la garantie d'offres au nom du groupement. Décision contestée par le Requéant.

Outre cette contestation, le Requéant soutient que ce marché est le même que celui attribué provisoirement à ZETES S.A., membre du groupement.

A. De l'inexistence de la garantie d'offres au nom du Requérant (groupement).

Le Comité de Règlement des Différends note:

- qu'aux termes de la clause 20.1 des Instructions aux Candidats (IC), *Sauf stipulation contraire dans les DPAO, le Candidat fournira une garantie de l'offre qui fera partie intégrante de son offre ;*
- que selon la clause 20.6 des IC, *la garantie de l'offre d'un groupement d'entreprises doit désigner comme soumissionnaire le groupement qui a soumis l'offre. Si un groupement n'a pas été formellement constitué lors du dépôt de l'offre, la garantie de l'offre d'un groupement d'entreprises doit désigner comme soumissionnaire tous les membres du futur groupement.*
- que le DAOI donne la possibilité au candidat et ce, spécialement à la clause 25.1 des IC de retirer, de remplacer, ou de modifier son offre après l'avoir déposée, par voie de notification écrite conformément à la clause 22 des IC, dûment signée par un représentant habilité, assortie d'une copie de l'habilitation (pouvoir) en application de la clause 21.2 des IC (sauf pour ce qui est des notifications de retrait pour lesquelles des copies ne sont pas nécessaires). La modification ou l'offre de remplacement correspondante doit être jointe à la notification écrite. Toutes les notifications doivent être :
 - a) délivrées en application des clauses 21 et 22 des IC (sauf pour ce qui est des notifications de retrait qui ne nécessitent pas de copies). Par ailleurs, les enveloppes doivent porter clairement, selon le cas, la mention « RETRAIT », « OFFRE DE REMPLACEMENT » ou « MODIFICATION » ; et
 - b) reçues par l'Autorité contractante **avant la date et l'heure limites de remise des offres conformément à la clause 23 des IC.**
- que la clause 20.3 des IC précise *que toute offre non accompagnée d'une garantie d'offre, selon les dispositions de la clause 20.1 des IC, sera écartée par l'Autorité contractante comme étant non conforme.*

Le Comité de Règlement des Différends relève qu'en l'espèce, le Requérant a déposé son offre bien accompagnée d'une garantie au nom de ZETES SA dans le délai de soumission c'est-à-dire au plus tard le 31 mars 2016. Toutefois, il convient de signaler que le dépôt de l'erratum relatif à la garantie de l'offre du Requérant en date du 26 avril 2016 l'a été en violation de la clause 25.1 susvisée des IC.

En effet, le Comité de Règlement des Différends note d'une part qu'il n'est pas contesté que le Requérant a soumissionné **en tant que groupement**. Le Comité de Règlement des Différends relève d'autre part que la combinaison des clauses 20.1 et 20.6 des IC du DAOI intègre la garantie dans l'offre et fait obligation à un groupement qui a fait l'offre d'émettre la garantie de l'offre au nom du groupement ou désigner comme soumissionnaire tous les membres du futur groupement.

Le Comité de Règlement des Différends constate que la clause 25.1 des IC du DAOI donne la possibilité au candidat de retirer, de remplacer ou de modifier son offre après l'avoir déposé avant la date et l'heure limites de remise des offres conformément à la clause 23 des IC. Mais la clause 20.3 des IC précise **que toute offre non accompagnée d'une garantie d'offre, selon les dispositions de la clause 20.1 des IC sera écartée par l'Autorité Contractante comme étant non conforme.**

Eu égard à ce qui précède, le Comité de Règlement des Différends note que la garantie d'offres déposée par la société ZETES SA au nom du groupement l'a été en violation des clauses 20.1, 20.3, 20.6,23 et 25.1 susmentionnées car la garantie d'offres émise au nom de ZETES SA et non au nom du groupement ZETES SA et ZETES INDUSTRIES SA est réputée inexistante. C'est donc à bon droit que le Maître d'Ouvrage Délégué l'a écartée pour non-conformité car émise par la KBC Bank en faveur du candidat ZETES SA.

S'agissant de la garantie d'offres corrigée par l'erratum du 22 avril 2016 qui précise que cette garantie couvrirait le groupement ZETES S.A. et ZETES INDUSTRIES S.A. à dater du 31 mars 2016, le Comité de Règlement des Différends relève que cette garantie d'offres déposée après la date et l'heure limites des remises des offres soit le 31 mars 2016 viole les clauses 20.1, 20.6 et 25.1 susmentionnées.

De ce fait, c'est à juste titre que le Maître d'Ouvrage Délégué n'en a pas tenu compte dans le processus d'évaluation des offres.

Procéder autrement, notamment en agréant l'argument tiré de l'article 98 du code civil (notion de droit civil) ôterait tout effet utile aux clauses 20.1, 20.6 et 25.1 susmentionnées et serait accorder un avantage indû au Requérant en violation du principe d'égalité de traitement des candidats et des soumissionnaires prescrit par l'article 1^{er} alinéa 3 de la loi 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics (notion de droit administratif).

B. De l'attribution provisoire du marché n°627/BCECO/DG/DPM/NNT/2015/MT à ZETES S.A.

Le Requérant soutient que le marché querellé est le même que celui pour lequel la société ZETES SA a été attributaire provisoire sur décision n°627/BCECO/DG/DPM/NNT/2015/MT du 30 octobre 2015 du Maître d'Ouvrage Délégué, quoiqu'il s'agisse de la même fourniture des biens qui ne change qu'en quantité et qualité partiellement et que c'est à tort que celui-ci lui oppose l'article 74 de la loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics.

Le Comité de Règlement des Différends relève que s'agissant d'un marché dont la société ZETES SA serait l'attributaire provisoire, il n'appartient pas au groupement de plaider pour le compte de la société ZETES SA car il est de principe que nul ne plaide par procureur.

En effet, c'est à l'attributaire provisoire dudit marché à savoir la société ZETES SA que reviendrait le droit de contester le DAOI et ce, conformément à l'article 74 de la loi 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics qui dispose : *« La réclamation est introduite, sous peine d'irrecevabilité, soit par lettre recommandée avec accusé de réception, soit par tout autre moyen de communication électronique, dans les cinq jours ouvrables de la publication de la décision d'attribution du marché ou de la délégation du service public, ou dans les dix jours ouvrables précédant la date prévue pour la candidature ou la soumission. »*

Elle est suspensive de la procédure d'attribution définitive.»

En outre, si par impossible le groupement et la société ZETES SA étaient la même personne, toute réclamation contre le lancement de ce marché rentre dans le cadre d'un recours contre le dossier de consultation prévu à l'article 74 ci-dessus et pour lequel il est forclo.

Par ces motifs ;

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

Vu la Loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics spécialement en ses articles 1^{er} alinéa 3, 73 et 74;

Vu le décret n°10/22 du 02 juin 2010 portant Manuel de procédures de la loi relative aux marchés Publics spécialement en ses articles 12, 152, 156, 157, 1^{er} tiret et 158;

Vu le décret n° 10/21 du 02 juin 2010 portant création, organisation et fonctionnement de l'ARMP spécialement en ses articles 4 alinéa 2 point 3, 6 point 1, 36 1^{er} tiret et 49 à 55 ;

Vu le recours du Requérent en appel à l'ARMP du 11 juin 2016 ;

Considérant l'avis technique de la Direction Générale de l'ARMP du 16 juin 2016 ainsi que les éléments du dossier ;

Déclare recevable et non fondé le recours du Requérent ;

Dit que la suspension de la procédure d'attribution de ce marché est ainsi levée.

Le CRD charge le Directeur Général de l'ARMP de notifier à la Requérente, à l'Autorité Contractante, à la Direction Générale de Contrôle des Marchés Publics et à l'Autorité Approbatrice du Marché, la présente décision qui sera publiée sur le site web de l'ARMP.

Ainsi décidé par le Comité de Règlement des Différends à son audience du 17 juin 2016 à laquelle ont siégé Madame Madeleine ANDEKA OLONGO (Présidente), ainsi que Messieurs Zéphyrin MVUEZOLO NGOMA, Théo Pierre KASANDA MUSHALA et Raphaël LIEMA IMENGA (membres) avec l'assistance des Messieurs Aimé GBETELE MOKULONGO, Stanislas SELEMANI TAMBWE et Madame Yvette MULOMBWE MAMBA (*Assistance technique et administrative du Comité de Règlement des Différends de l'ARMP*).

Madame ANDEKA OLONGO, Présidente ;

Zéphyrin MVUEZOLO NGOMA Membre ;

Théo-Pierre KASANDA MUSHALA, Membre ;

Raphaël LIEMA IMENGA, Membre.

