



RE : 004/REC/CRD/ARMP
G.S. C/ SCTP

DECISION N° 008/13/ARMP/CRD DU 17/07/2013 DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS DE L'AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS STATUANT EN COMMISSION DES LITIGES

En cause :

La Société «GENERAL SERVICES SPRL», NRC 1185 MAT, Id. Nat 1-93N9386300C
Ayant son siège social au Flat Hôtel LOTA, avenue Mandina n°37A, Commune de MATETE,
Kinshasa République Démocratique du Congo.
Téléphone 0972147448 ; 0812606908 ; 09981274915 ;
E-mail : gnralservice2000@yahoo.fr;

PARTIE REQUERANTE.

Contre :

La Société Commerciale des Transports et des Ports, Sise Boulevard du 30 juin, Immeuble
ONATRA, Ville de Kinshasa, République Démocratique du Congo ;

AUTORITE CONTRACTANTE.

1 Résumé des faits

Par le biais de son avocat conseil, la Société "Général Services" a saisi l'ARMP par sa lettre n°0043/CAB/MMF/2013 du 14 janvier 2013 à travers laquelle elle sollicite son avis au sujet du contrat n°16F01/Bis/C relatif à la Gestion et l'Organisation de la sous-traitance des opérations de manutention dans les Ports Maritimes de Matadi et de Boma, signé par elle avec la Société Commerciale des Transports et des Ports (SCTP).

Dans sa correspondance, la requérante déclare ce qui suit :

- La Société Commerciale des Transports et des Ports (SCTP) avait retenu la soumission de la Société "Général Services" par un premier appel d'offres du 21 décembre 2011. Malheureusement, ce marché n'a pu être concrétisé parce que jugé infructueux par la lettre de la SCTP n° 0362/SCTP-DT/2012 du 08 mars 2012.
- Un deuxième appel d'offres est lancé en date du 14 mars 2012 et la Société Général Services a souscrit de nouveau. Cette fois-ci, le contrat n°16F018/Bis/C sur l'organisation de la sous-traitance des opérations de manutention dans les ports maritimes

de Matadi et Boma sera finalement signé entre les deux parties le 19 juin 2012, date à laquelle il est entré en vigueur selon elle, et ce, conformément à son point 1.4.1.

- Par sa notification n° 1103/SCTP-DT/2012 du 19 juin 2012 et ce, compte tenu de l'urgence avancée, la SCTP aurait donné injonction à tous les cocontractants, dont la Société "Général Services", de prendre toutes les dispositions utiles pour la mise en vigueur du contrat endéans 15 jours, soit au plus tard le 04 juillet 2012, date du début d'exécution des opérations de manutention. La Société "Général Services" s'y serait conformée en engageant le personnel nécessaire, installant ses bureaux, sans préjudice du respect des conditions prévues dans l'appel d'offres, notamment la fourniture d'une garantie bancaire, d'une prise assurance etc. Des frais auraient été engagés à l'effet d'être prêt le 04 juillet 2012.
- Alors qu'aux termes des points 6.1 et 6.2 relatifs aux stipulations particulières du contrat ; lesquels prévoient que seul le cas de force majeure peut conduire à la suspension du contrat et en déterminer de manière limitative et exclusive les conditions, la SCTP, sans apporter la preuve de la survenance d'un cas de force majeure, ni en déterminer la nature, encore moins la durée, a unilatéralement décidé par sa lettre n° 1184/SCTP-DT/2012 du 28 juin 2012, de suspendre l'exécution du contrat, évoquant des raisons administratives au niveau de son Conseil d'Administration et ce, malgré que la clause qui prévoit que les parties devraient toujours se retrouver en concertation en cas de problème.
- Par sa lettre n° 046/AG/GS/2012 du 15 août 2012, la société "Général Services" a invité la SCTP à lever cette mesure.
- Par sa correspondance n°1015/CAB/MMF/2012 du 10 décembre 2012, la Société "Général Services" a rappelé sa lettre précitée, laquelle est demeurée sans suite.

2 Etat de la procédure

En date du 14 janvier 2013 la Société "Général Services" a saisi l'ARMP pour solliciter son avis.

Le 21 janvier 2013, par sa lettre référencée 067 ARMP/DG/DREG/ACECE/JMK/2013, l'ARMP saisit la SCTP de la réclamation de la société "Général Services", lui demandant de lui communiquer dans les cinq jours dès réception de la précitée, son mémoire en réponse à la réclamation de la Société "Général Services SPRL".

En réponse à cette dernière, par sa lettre du 29 janvier 2013, réceptionnée le 07 février 2013, la SCTP transmet le mémoire retraçant les différentes péripéties de ce dossier dans lequel elle déclare :

- En 2008, un contrat aurait été signé entre la SCTP Sarl et New Fort Services dans le cadre de placement et gestion des Dockers aux ports de Matadi et Boma. D'une durée de trois ans, ce contrat devrait arriver à terme le 18 décembre 2011.
- En vue de consolider cette première expérience de partenariat avec les privés et répondre ainsi aux exigences du code ISPS, le DAO 16FO18 a été lancé en janvier 2012. La consultation a tourné autour d'une short list de cinq entreprises : ECOGE, KASHIN'S, GROUP SERVICES,

GENERAL SERVICES et NEW FORT. De toutes ces entreprises, New Fort n'avait pas souscrit à la démarche. Suite à sa requête introduite auprès de l'ARMP et sur instructions de cette dernière, le marché a été annulé.

- Mi-mars 2012, le contrat SCTP-NEW FORT arrivé à son terme, après la prolongation de trois mois. Afin d'éviter qu'aurait entraîné l'arrêt des services, une deuxième consultation était envisagée de manière urgente avec les mêmes entreprises. Cette fois-ci New Fort a pris part à la démarche. Il y a lieu de noter que l'objectif poursuivi serait triple, à savoir :
 - Ouvrir le marché pour éviter le monopole en retenant au moins deux entreprises ;
 - Corriger les faiblesses du mode de facturation par le passage de la facturation homme/jour à la tonne ;
 - Accroître le rendement portuaire.
- Le processus de passation de ce marché se serait poursuivi normalement et trois entreprises aurait été retenues au terme de l'analyse des offres.
- Afin de parachever le processus, les contrats auraient été transmis au Conseil d'Administration pour approbation au deuxième trimestre 2012.

Par sa lettre du 15 mars 2013 adressée à la requérante, l'Autorité Contractante a informé celle-ci de la décision N° D03/SB/CA/2013 du 10 janvier 2013 annulant le contrat n°16FO18/BIS/C relatif à la gestion et l'organisation des opérations de la sous-traitance de la manutention par le personnel « Dockers » aux ports de Matadi et de Boma.

Y réagissant, la partie requérante a saisi l'ARMP par sa lettre sans référence du 01 avril 2013 par laquelle elle demande l'annulation de la décision susvisée du Conseil d'Administration de la SCTP pour absence de motivation et ce, conformément à l'article 13 alinéa 2 du décret n°10/33 du 28 décembre 2010 fixant les modalités d'approbation des marchés publics et des délégations de service public.

3 Analyse

3.1 DE LA RECEVABILITE

Aux termes de l'article 75 de la loi 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, « *tout candidat ou soumissionnaire qui s'estime lésé dans l'exécution d'un contrat de marché public ou délégation de service public peut introduire une réclamation auprès de l'autorité contractante* ».

Les faits évoqués renseignent que par sa lettre du 15 août 2012, en sa qualité d'attributaire du marché, se sentant lésée par la décision de suspendre l'exécution du contrat n°16FO18/Bis/C, la société Général Services a introduit son recours gracieux conformément aux dispositions de l'article 75 de la loi susvisée.

Le recours sera ainsi déclaré recevable.

3.2. FONDEMENT DU RECOURS

3.2.1. L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits ci-dessus évoqués que le litige porte sur la contestation de la décision de suspension du contrat par l'autorité contractante jugée non justifiée par la requérante. Cette dernière sollicite la poursuite de l'exécution du contrat signé entre parties. Ce contrat ayant été annulé par

décision du Conseil d'Administration de la SCTP, la requérante demande l'annulation de cette décision.

3.2.2. DU MOTIF DE LA SUSPENSION DU CONTRAT

L'Autorité Contractante, par sa lettre du 28 juin 2012 notifiant la suspension du contrat, invoque les raisons d'ordre administratif nécessitant le traitement du dossier par son Conseil d'Administration.

Pour étayer ce moyen, en réponse à la lettre du 21 janvier 2013 référencée 067 ARMP/DG/DREG/ACECE/JMK/2013 de l'ARMP, la SCTP, par sa lettre du 29 janvier, affirme qu'afin de parachever le processus, les contrats auraient été transmis au Conseil d'Administration en tant qu'Autorité Approbatrice au deuxième trimestre 2012.

3.2.3. DE L'ENTREE EN VIGUEUR DU CONTRAT

Aux termes de l'article 15 de la loi N°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, *les contrats des marchés publics et de délégation de service public sont approuvés par une autorité compétente selon les modalités fixées par le décret du Premier Ministre délibéré en conseil des ministres. Un marché public ou une délégation de service public n'a d'effets que s'il est approuvé.*

Le décret 10/33 du 28 décembre 2010 fixant les modalités d'approbation des marchés publics et des délégations de service public en son article 11 alinéa 2 précise :

La notification a lieu dans les trois jours calendaires suivant la date de signature de l'approbation par l'autorité compétente. Elle marque l'entrée en vigueur du marché.

Dans le cas d'espèce, selon le point 1.4.1. du contrat, celui-ci prend effet lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- a) Sa signature par les parties ;
- b) La notification du contrat au prestataire par la SCTP SARL.

Le contrat fut signé le 19 juin 2012 et la notification réceptionnée par le prestataire le 04 juillet 2012. Selon la partie Requérante, le contrat a donc pris effet à cette date conformément à son point 1.4.1. susvisé.

Cette interprétation du contrat viole les dispositions impératives de l'article 15 de la loi N°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics qui dispose qu'un marché public ne produit d'effets que lorsqu'il est approuvé par l'Autorité Compétente.

3.2.4. DE LA SUSPENSION DU CONTRAT

La Requérante soutient que les stipulations particulières du contrat en son point 6 devrait seul fixer le cadre de sa suspension éventuelle, à savoir pour des raisons de force majeure.

Point 6.1. FORCE MAJEURE : *On entend par force majeure tout événement soudain, insurmontable, imprévisible et indépendant de la volonté des parties, entraînant l'impossibilité de réaliser ou poursuivre l'exécution du contrat (Ci-après la force majeure).*

Point 6.1.1. *En cas de force Majeure, il appartient à la Partie concernée dans l'événement, sous peine de ne pouvoir s'en prévaloir :*

- *D'en notifier à l'autre partie, tout en justifiant le caractère de force majeure ;*
- *D'en indiquer la durée prévisible ;*
- *D'informer l'autre Partie des dispositions prises ou qu'elle compte prendre.*

Point 6.1.2. *La Force Majeure suspend, pour les parties, l'exécution des obligations réciproques concernées. Corrélativement, chacune des parties supporte la charge de tous les frais qui lui incombent et qui résultent de la survenance du cas de Force Majeure.*

Au cas où la Force Majeure rend impérative la suspension provisoire des activités du Prestataire objet du présent contrat, la SCTP Sarl peut, à son gré, sans que les options ci-après s'excluent mutuellement :

- o *Soit déterminer les mesures à prendre pendant la suspension, en accord avec le Prestataire;*
- o *Soit proposer de modifier le contrat pour tenir compte de la nouvelle situation, le prestataire ne pouvant toutefois se prévaloir de cette modification (par exemple diminution de ses capacités de prester) pour demander une indemnité quelconque ni une baisse tarifaire ;*
- o *Soit résilier le Contrat avec effet rétroactif à la date où le prestataire, la SCTP Sarl demeurant redevable de la partie exécutée par le Prestataire au cas où la Force Majeure se prolonge au-delà de trente(30) jours.*

Point 6.1.4. *Les Parties conviennent qu'en cas de reprise de l'activité, après une suspension due à la Force Majeure déclarée, les délais d'exécution sont revus, de commun accord, en fonction de l'impact de l'évènement considéré.*

Le Comité de Règlement des Différends relève qu'en l'espèce, il n'y a pas de cas de force majeure.

Cependant, s'il n'est pas contesté que la suspension par l'Autorité Contractante du contrat advenu entre parties ne constitue pas un cas de force majeure, il ne demeure pas moins vrai que tout contrat doit être approuvé par l'autorité compétente. Telle est l'économie de l'article 15 alinéa 2 de la loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics précisée par le Décret 10/33 du 28 décembre 2010 fixant les modalités d'approbation des marchés publics et des délégations de service public en son article 2 qui dispose : « l'approbation est l'acte par lequel l'autorité compétente valide la décision d'attribution du marché ou de la délégation de services publics prise par l'Autorité Contractante postérieurement à l'avis favorable de la Direction Générale du Contrôle des Marchés Publics.

L'approbation confère un caractère définitif et exécutoire au marché et à la délégation de services publics signé par l'attributaire ».

L'article 3 du décret susvisé précise que tout marché public ou délégation des services publics est transmis à l'Autorité Compétente pour approbation, après avis favorable de la Direction Générale du Contrôle des Marchés Publics et signature par la Personne Responsable des projets et des marchés publics de l'Autorité Contractante concernée.

En effet, un marché non approuvé par l'Autorité Approbatrice n'est pas valide. Dans le cas d'espèce, le contrat transmis au Conseil d'Administration pour approbation, n'a pas été approuvé par celui-ci.

Il y a lieu de relever qu'aux termes de l'article 21 alinéa 4 du décret 10/22 du 02 juin 2010 portant Manuel de Procédures de la loi relative aux marchés publics, l'Autorité Approbatrice des marchés et délégations de service publics est le Ministre de tutelle pour les marchés conclus par les entreprises et établissements publics, à l'issue des appels d'offres nationaux.

En effet, la loi n°78-002 du 06 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux entreprises publiques avait prévu expressément en ses articles 40, 41, 42 la tutelle sur ces entreprises.

La loi susvisée a été abrogée par la loi n°08/07 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises et la loi n° 08/010 du 07 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'Etat. Aux termes de ces lois, les entreprises publiques sont transformées selon le cas en établissements publics ou en sociétés commerciales.

S'agissant de la Société Commerciale des Transports et des Ports, celle-ci a été transformée en Société Commerciale avec statut de société par Actions Responsabilité Limitée régie par le décret du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales et par les actes uniformes OHADA.

Les lois n° 08/007 du 07 juillet 2008 et 08/010 du 07 juillet 2008 citées ci-haut ne font pas allusion à la tutelle sur les entreprises publiques transformées en sociétés commerciales.

Le Conseil d'Administration étant l'organe de décision et de contrôle dans les Sociétés par Actions à Responsabilité Limitée (SARL) tel que régi par le décret du 27 février cité supra, **ce dernier peut valablement jouer le rôle d'Autorité Approbatrice devant le silence des textes.** C'est donc à bon droit que ce marché a été transmis au Conseil d'administration de la SCTP pour approbation.

Par sa décision citée supra, le Conseil d'Administration de la SCTP a annulé le contrat n° 16F018/BIS/C relatif à la gestion et l'organisation des opérations de la sous-traitance de la manutention par le personnel « Dockers » aux ports de Matadi et de Boma pour vice de forme.

Il ressort de l'économie du décret n° 10/33 du 28 décembre 2010 fixant les modalités d'approbation des marchés publics et des délégations de service public que l'Autorité Approbatrice n'a pas pouvoir d'annuler la procédure d'un marché public. En prenant la décision d'annuler la procédure du marché sus évoquée pour vice de forme, le Conseil d'Administration a manifestement commis un excès de pouvoir qui est sanctionné par la nullité de l'acte.

Ainsi, la décision sus évoquée du Conseil d'Administration de la SCTP ayant pour objet l'annulation du marché conclu entre l'Autorité Contractante et la requérante est irrégulière pour les raisons invoquées supra.

Par ailleurs, il se dégage des faits de la cause que la lettre de l'Autorité Contractante notifiant la requérante de la suspension du contrat date du 28 juin 2012. Par sa lettre du 15 mars 2013 adressée à la requérante, l'Autorité Contractante a informé celle-ci de la décision n° DO3/SB/CA/2013 du

10 janvier 2013 annulant le contrat n°16FO18/BIS/C relatif à la gestion et l'organisation des opérations de la sous-traitance de la manutention par le personnel « Dockers » aux ports de Matadi et de Boma. Cette décision est ainsi intervenue au-delà du délai réglementaire de dix jours calendaires alors qu'aux termes de l'article 20 alinéa 2 du décret 10/22 du 02 juin portant Manuel de Procédures de la loi relative aux marchés publics : « ...le refus d'approbation des marchés est notifiée à l'Autorité Contractante dans un délai ne dépassant dix jours calendaires. A défaut d'une décision expresse, le silence de l'Autorité Approbatrice vaut acceptation. »

Le Comité de Règlement des Différends de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics constate que la décision prise par le Conseil d'Administration de la Société Commerciale des Transports et des Ports pêche non seulement par excès de pouvoir mais aussi a été prise hors délai réglementaire.

Le Comité de Règlement des Différends de l'ARMP déclare que ce dernier a manifestement commis un excès de pouvoir ; par conséquent, la décision n° D03/SB/CA/2013 du 10 janvier 2013 annulant le contrat n° 16FO18/BIS/C relatif à la gestion et l'organisation des opérations de la sous-traitance de la manutention par le personnel « Dockers » aux ports de Matadi et Boma est nulle et de nul effet aux motifs sus évoqués.

Par ces considérations ;

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 ses articles 15,73 alinéa 2 et 75 ;

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° 10/22 du 02 juin 2010 portant Manuel des Procédures de la loi relative aux marchés publics spécialement en ses articles 12,20, 21,152 à 158 ;

Vu le Décret 10/33 du 28 décembre 2010 fixant les modalités d'approbation des marchés publics et délégations des services publics, spécialement en son article 2 ;

Considérant le recours de la requérante du 14 janvier 2013 et du 01 avril 2013 enregistré sous le RE 004/REC/CRD/ARMP;

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

Déclare la requête de la Société "Général Services" recevable et fondé ;

En conséquence, invite les parties à reconduire le contrat litigieux, la décision N° D03/SB/CA/2013 du 10 janvier 2013 du Conseil d'Administration de la SCTP ayant annulé le marché étant nulle et de nul effet pour excès de pouvoir et tardiveté.

Cela, en vue de conjurer le risque encouru par la SCPT de se voir condamnée à indemniser la société "Général Services" du chef de **rupture abusive de contrat**.

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 CRD à son audience du 17/07/2013, à laquelle siégeaient Messieurs MBUY MBIYE TANAYI, Zéphirin MVUEZOLO NGOMA, Raphaël LIEMA IMENGA, Théo KASANDA MUSHALA (membres), avec l'assistance de Monsieur Stanislas SELEMANI TAMBWE (Pour le Secrétariat du Comité de Règlement des Différends de l'ARMP).

Les Membres

Monsieur MBUY MBIYE TANAYI

Monsieur Zéphirin MVUEZOLO NGOMA

Monsieur Raphaël LIEMA IMENGA

Monsieur Théo KASANDA MUSHALA