



PUBLICATIONS

TFC & Mémoires

Le contentieux administratif des marchés publics

Mystère Tukoma Tukoma

(Tél: +243852782074)



Citer cette version:

Mystère TUKOMA TUKOMA, *Le contentieux administratif des marchés publics*, Mémoires sous dir. Pr. K. Ndukuma, UPC, Kinshasa, 2023-2024. (N°2024-NAK-01M-DR-B-UPC)

https://www.kodjondukuma.com/2024-NAK-01M-DR-B-UPC_memoire_tukoma.php

Submitted on 30 March 2025

Les vues et positions exprimées, dans le présent Mémoire ou TFC, sont celles de l'auteur et ne reflètent pas la position de l'Université ni ne doivent être considérées comme telle. Les ouvrages, articles, citations, et autres exemples mentionnés dans l'œuvre sont à titre de références et d'informations scientifiques

Cette publication est destinée au dépôt et à la diffusion des documents scientifiques de niveau mémoires et TFC, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche UCC, UPC, UPN, en RD Congo sous la direction de recherche du Professeur Kodjo Ndukuma Adjayi.

En envoyant son œuvre, l'auteur a consenti à être publié sans frais d'exposition à payer et revendique le droit de paternité de son œuvre vis-à-vis du public pour tout référencement.

Le site web ne commercialisant pas le contenu de l'œuvre, les vues sur le contenu n'emportent aucune rétribution quelconque pour l'auteur à qui la vitrine d'exposition de son œuvre est offerte gratuitement, pour tout contact personnel, au monde sous l'icône du directeur de recherche.

L'auteur conserve le droit de demander la suppression de son œuvre du site web à tout moment

UNIVERSITE PROTESTANTE AU CONGO

FACULTE DE DROIT

Département de Droit Public



**BP. 4745 Kinshasa II
Kinshasa – Lingwala**

LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF DES MARCHÉS PUBLICS

Par

Mystère TUKOMA TUKOMA

Gradué en Droit

*Mémoire de fin d'études présenté et défendu
en vue de l'obtention du grade de Licencié
en Droit.*

Option : Droit Public Interne

Directeur : Kodjo NDUKUMA ADJAYI
Professeur Full

Année Académique 2023 – 2024

EPIGRAPHE

« Le contentieux administratif des marchés publics vise à assurer la régularité des procédures de passation et à protéger les intérêts des entreprises et des citoyens ».

Michel GRIMALDI, Conférence sur les actes publics organisée par L'EDIEIC, Université Jean Moulin, Lyon III, 10 octobre 2005.

IN MEMORIAM

A ma grand-mère Biabola Ida et à ma sœur Ntumba Mbayabu Arlette partis trop tôt.
Vos souvenirs restent gravés dans ma mémoire.

DÉDICACE

A mes très chers parents, Tukoma Tukoma Hope et Nsangana Mbenga Philo, pour l'amour et le soutien sans faille dont ils ont toujours fait preuve à notre égard. Recevez par ce travail l'expression de notre profonde gratitude.

Mystère Tukoma Tukoma

REMERCIEMENTS

« Rendez continuellement grâces pour toutes choses à Dieu le Père, au nom de notre seigneur Jésus Christ » Éphésiens 5 : 20.

Nous adressons nos remerciements, en premier lieu, à notre seigneur Jésus-Christ, Maître de temps et des circonstances ; qui pourvoi à nos différents besoins depuis notre naissance. Il a été avec nous tout au long de ce cursus académique depuis le début comme alpha et chemine avec nous aujourd'hui comme oméga.

Nous tenons ensuite à remercier tous le corps académique de notre alma mater, et plus particulièrement le Professeur Kodjo Ndukuma Adjayi doyen de faculté, de nous avoir accepté sous sa direction et d'avoir bien voulu nous faire profiter de sa connaissance en acceptant de diriger ce travail. Nos remerciements s'adressent également à l'égard de l'un de ces collaborateurs à l'instar de Me Malulu Héritier pour sa codirection.

A mes frères et sœurs : Tukoma Mbuaya Lisa ; Tukoma Katumba Arsen ; Tukoma Mbenga Valeur ; Tukoma Mualaba Gloire ; Tukoma Kabasele Grâce ; Tukoma Nsangana Brillant ; Tukoma Mukadi Smille ; Tukoma Bakamana Blessing ; sans oublier toute ma grande famille. Merci pour le soutien moral qui a été d'une grande utilité dans la rédaction de ce travail.

A mes ami(e)s : Kamuanya Kalonga Souzanne ; Tambwe Mauwa Néphtaline ; et à tout mon groupe d'étude « La Distinction » d'avoir rendu ces cinq années à la faculté mémorable. Sans oublier Mr Guelord Ngoy pour sa contribution active dans la rédaction de ce travail.

A tous ceux qui, de près ou de loin, se sont souciés et ont contribué d'une manière ou d'une autre à l'élaboration de ce travail de fin d'études, qu'ils trouvent l'expression de notre profonde gratitude.

Mystère Tukoma Tukoma

PRINCIPAUX SIGLES, ACRONYMES ET ABRÉVIATIONS

- AC : Autorité contractante.
- Ad hoc. : Pour un objectif précis.
- Al. : Alinéa.
- ANR : Agence nationale des renseignements.
- ARMP : Autorité de régulation des marchés publics.
- Art. : Article.
- B.O : Bulletin officiel.
- BCC : Banque centrale du Congo.
- CE : Conseil d'État.
- CENI : Commission électorale nationale indépendante.
- CGPM : Cellule de gestion des projets et des marchés publics.
- CNSS : Caisse nationale de sécurité sociale.
- CSJ : Cour suprême de justice.
- DAO : Dossier d'appel d'offres.
- DGCM : Direction générale de Contrôle des Marchés Publics.
- DGDA : Direction générale des douanes et assises.
- DGI : Direction générale des impôts.
- DGM : Direction générale de migration.
- DGRAD : Direction Générale des Recettes Administratives, Judiciaires, Domaniales et de Participations.
- Etc. : Et les autres choses
- FARDC : Forces armées de la République démocratique du Congo.
- Ibidem. : Au même endroit.
- Idem. : La même chose.
- J.O : Journal officiel.
- Op.Cit : Ouvrage déjà cité.
- PNC : Police nationale congolaise.
- Préc. : Précité.
- PUF : Presses Universitaires Françaises
- UPC : Université protestante au Congo

INTRODUCTION

La partie introductive de notre travail comporte six points essentiels. Il s'agit d'une problématique (I), des hypothèses (II), des méthodes et techniques de recherche (III), d'un intérêt du sujet (IV), d'une délimitation du sujet (V) ainsi qu'un plan sommaire (VI).

I. PROBLEMATIQUE

Le contentieux administratif est une partie du droit administratif qui désigne l'ensemble des règles procédurales applicables aux juridictions administratives¹. Le juge administratif exerce sa mission de régler des litiges sur base de certaines méthodes et procédés techniques². Le contentieux administratif des marchés publics englobe les litiges qui interviennent au cours des procédures de passation des marchés publics ou de délégations de service public³. Ces litiges peuvent être entendus comme des querelles où des contestations suscitées essentiellement par l'action administrative⁴. Ce différend ⁵ oppose l'Administration aux administrés. Tout candidat ou soumissionnaire qui s'estime illégalement ou arbitrairement évincé de ces procédures peut introduire une réclamation auprès de l'autorité contractante⁶.

Le règlement des litiges administratifs par le juge sont soumis au principe de réclamation ou recours préalables⁷. Cette réclamation est exercée devant l'auteur de l'acte contesté avant la saisine du juge et est préalable au procès devant le juge administratif. La décision de cette autorité peut être contestée devant l'institution chargée de la régulation des marchés publics.⁸ Et tout litige non réglé après cette réclamation préalable sera tranchée par les juridictions administratives⁹.

¹ C. PUIGELIER, *Dictionnaire juridique*, Collection paradigme, Editions Larcier, Bruxelles, 2015, p. 284.

² BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif congolais*, Tome 1, Editions Academia, Louvain-la-Neuve, 2014, p. 15.

³ DGCMP, *Méthodologie d'évaluation des systèmes de passation des marchés*, MAPS, Kinshasa, 2018, pp. 1-2.

⁴ R. MARIE-CHRISTINE, *Contentieux administratif*, Lextenso, Paris, 2008, p.13.

⁵ Les contestations issues du non-respect par l'Administration des règles relatives à la passation des marchés publics.

⁶ Art. 73, Loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, in *JO RDC*, numéro spécial, 30 avril 2010.

⁷ BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif congolais*, *Op.Cit.*, p. 43.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Art. 3, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, in *JO RDC*, numéro spécial, 18 octobre 2016.

Le contentieux des marchés publics est un différend qui suppose en effet deux types de contentieux : celui de l'attribution et celui de l'exécution¹⁰. Le contentieux d'attribution s'inscrit dans le cadre du pouvoir étendu d'appréciation qu'as l'autorité contractante dans l'octroi d'un marché¹¹. Il implique la capacité de l'Administration d'agir légalement dans un domaine. Le contentieux d'exécution quant à lui s'inscrit dans le cadre de faire valoir les droits des administrés dans les décisions prises par l'Administration. Il implique le non-respect par l'Administration de ses obligations légales dans un contrat de marché public¹².

Le marché public est un contrat onéreux ou une convention passée entre une personne morale de droit public et une ou plusieurs personnes physiques et/ou morales de droit privé¹³. Comme tout contrat, le marché public suppose l'existence et la rencontre des volontés. Souvent confondu au contrat privé de l'administration¹⁴, le marché public est difficile à cerner à cause de la spécificité des règles qui régissent son régime juridique.

En tant que contrat administratif, le marché public permet à l'Administration de répondre aux besoins d'intérêt général qui se présente.¹⁵ Les marchés publics sont octroyés suivant deux modalités, à savoir : « la procédure d'appel d'offres et celle de gré à gré »¹⁶. La procédure d'appel d'offres est un processus formel par lequel l'Administration invite plusieurs fournisseurs à soumettre des propositions pour la réalisation d'un projet ou des fournitures des biens et services¹⁷. Un marché est dit de gré à gré lorsqu'il est passé sans appel d'offres après autorisation du service chargé du contrôle des marchés publics¹⁸.

¹⁰ J-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés*, L'Harmattan, Paris, 2016, p. 141-156.

¹¹ B. DUMARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Dalloz, Paris, 2004, p. 157.

¹² *Ibidem*.

¹³ J-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés*, *Op.Cit.*, p. 24.

¹⁴ P. CHRETIEN et N. CHIFFLOT, *Droit administratif*, 13^e éd. Sirey, Paris, 2012, p. 462.

¹⁵ [<https://www.actu-juridique.fr/administratif/la-severite-du-juge-administratif-face-au-defaut-dimpartia>] (Consulté le 01 juin 2024).

¹⁶ Art. 17, Loi n°10/010 du 27 avril 2010, préc.

¹⁷ Art. 20, Loi n°10/010 du 27 avril 2010, préc.

¹⁸ Art. 41, Loi n°10/010 du 27 avril 2010, préc.

Très nombreux, les services publics de l'État, des provinces et des entités territoriales décentralisées éprouvent encore l'utilité de se moderniser¹⁹. D'où, le besoin de se doter des biens, fournitures, équipements, ainsi que des services répondant mieux à leurs besoins. Pour cela, les marchés publics jouent un rôle crucial dans l'amélioration de la qualité des biens et des services fournis par le gouvernement²⁰. Le processus de sélection compétitif auquel les fournisseurs potentiels sont soumis sur base des critères objectifs tels que le prix, la qualité et l'expérience, rassure sur les meilleures offres²¹.

Néanmoins, malgré leur importance, les marchés publics dans notre pays sont confrontés à des défis majeurs²². Notamment, la transparence, l'impartialité, et la compétitivité du processus d'attribution des contrats. La corruption et le favoritisme qui caractérisent les procédures de passation des marchés publics amènent les soumissionnaires à user des recours préalables permettant de saisir le juge administratif²³. Les défis susmentionnés soulèvent deux questions fondamentales :

- Quelle est la nature juridique et les principes fondamentaux régissant les marchés publics en RD Congo ?
- Comment sont tranchés les différends des marchés publics en RD Congo ?

Les questions précédentes constituent la problématique de notre recherche. Ces questions font l'objet des réponses provisoires au point suivant de notre travail.

II. HYPOTHESES

Le contentieux administratif des marchés publics joue un rôle important dans un Etat de droit. L'accès au juge est l'un des droits fondamentaux des citoyens. Il devient effectif s'il vaut également dans le cadre d'un litige avec l'administration.

¹⁹ DGCMP, *Méthodologie d'évaluation des systèmes de passation des marchés*, Op.Cit., p. 7.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ K. POLET, *Principes élémentaires du droit des marchés publics*, 2^{ème} Ed, Larcier, Paris, 2021, p. 37.

²² Direction générale de contrôle des marchés publics : « Besoin en infrastructure », [<https://www.pepelenews.cd>], (Consulté le 20 juillet 2024).

²³ Conseil d'Etat Français, Communauté d'agglomération de Saint-Etienne métropole, 19 septembre 2007, n° 296192.

Par rapport à la première question de notre problématique, la loi détermine certains critères sur base desquels un contrat peut être défini comme administratif²⁴. Les marchés publics sont des contrats administratifs car ils lient l'Administration aux particuliers. Leurs objets portent sur les besoins d'intérêt général au profit de la population. La jurisprudence elle aussi fournie certains critères qui servent à identifier un contrat administratif²⁵.

Les critères d'identification ou de détermination d'un contrat administratif permettent de déterminer les juridictions compétentes en cas des litiges. Sur base de ces critères, les juridictions compétentes en l'occurrence les juridictions administratives pourront trancher les litiges entre les entreprises soumissionnaires et l'Administration. Le règlement des différends entre l'Administration et les entreprises soumissionnaires doivent être tranchés de manière équitable sans prendre parti pour l'Administration. L'égalité de traitement des parties est un défi que doit s'assurer les juridictions administratives de surmonter pour n'est pas tombé dans la partialité.

Les marchés publics sont régis dans notre pays par les principes suivants : la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats, la transparence des procédures et le principe de la budgétisation. Ces principes guident l'Administration dans la passation des marchés publics et cette dernière est tenue d'observer strictement ces règles²⁶.

En rapport avec la deuxième question de notre problématique, les différends des marchés publics sont réglés premièrement au sein de l'Administration elle-même. Avant de saisir les juridictions administratives, les co-contractants de l'Administration disposent des recours préalables. Nous citons : le recours gracieux auprès de l'autorité contractante qui vise à demander à l'autorité de reconsidérer sa

²⁴ Par détermination directe, lorsque la loi indique que tel contrat est un contrat administratif. Par détermination indirecte, lorsque la loi ne le dit pas directement, mais soumet ce contrat à une procédure particulière du droit administratif.

²⁵ Les contrats administratifs par application de critères jurisprudentiels sont véritablement imprégnés d'administrativité, car ces critères renvoient à trois paramètres : la qualité des personnes (critère personnel ou organique) ainsi que l'objet et le contenu du contrat (critère alternatifs).

²⁶ Art. 3 à 7, Décret n°23/12 du 3 mars 2023 portant Manuel de procédures des marchés publics, *In JO RDC*, numéro spécial du 3 mars 2023.

décision afin de corriger une éventuelle erreur ou irrégularité. En cas de réponse défavorable ou d'absence de réponse dans le délai imparti de trois mois, les soumissionnaires peuvent exercer le recours hiérarchique auprès de l'autorité supérieure. Ils peuvent aussi recourir à l'autorité de régulation des marchés publics en cas de non satisfaction.

Enfin, tous les préalables prés juridictionnels épuisés, les cocontractants peuvent saisir le juge administratif pour le recours de pleine juridiction.

III. METHODES ET TECHNIQUES DE RECHERCHE

La valeur scientifique d'une étude repose sur la rigueur des méthodes et techniques employées à l'appui de celle-ci²⁷. La réalisation d'un travail scientifique exige une démarche en vue d'atteindre un but. Un travail scientifique vaut ce que valent les méthodes et techniques utilisées pour parvenir au résultat escompté. Il convient de présenter les méthodes et techniques utilisées tout au long de notre travail :

A. Méthodes de recherche

La méthode aide le chercheur à bien réfléchir, et bien exprimer sa réflexion, en minimisant les risques d'erreur²⁸. Elle est l'ensemble des principes qui constituent une démarche à suivre, en vue de créer une relation entre l'objet de la recherche et le chercheur²⁹. C'est aussi un bloc des règles raisonnable et logique qui aide à coordonner nos pensées³⁰. Dans le cadre de notre recherche, nous recourons à deux méthodes. Il s'agit de la méthode exégétique et la méthode empirique.

La méthode exégétique postule que tout droit est contenu dans la loi³¹. La recherche du droit tient dès lors dans la lecture des lois, puisque le droit positif s'identifie tout entier en elles³². La méthode exégétique nous permet dans le cadre de notre travail,

²⁷ D. THON, *Le fédéralisme africain ses principes et ses règles*, Présence Africaine, Paris, 1972, p. 22.

²⁸ K. NDUKUMA ADJAYI et J. DOBO KUMA, *Guide méthodologique de référence pour recherche et rédaction des écrits universitaires en science sociale et juridique*, Ed., L'Harmattan, Paris, 2023, p. 57.

²⁹ *Idem*, p. 58.

³⁰ *Idem*, p. 81.

³¹ I. MINGASHANG et F. ZEGBEG ZEGS, *Méthodologie de la recherche et de la rédaction en droit, Tome 1*, Ed., Le Bruylant, Bruxelles, 2022, p. 96.

³² *Ibidem*.

d'analyser tous les textes juridiques relatifs au sujet sous examen. Cette méthode est complétée par la méthode empirique.

La méthode empirique repose sur l'observation et l'expérience³³. Elle étudie les faits et comportements en vue d'en tirer une expérience irréfutable³⁴. La méthode empirique recueille des informations qui permettent au chercheur de tester et répondre à une ou plusieurs hypothèses de départ³⁵. En ce sens, la méthode empirique nous permettra d'aller au-delà du texte pour observer et comprendre le domaine des marchés publics et les différents intervenants qui participent dans le contentieux des marchés publics.

B. Techniques de recherche

À l'issue d'une recherche, la technique désigne un outil, un moyen, ou un instrument utilisé pour atteindre un résultat précis à un stade de la recherche³⁶. La technique permet d'apporter des informations qualitatives à travers une étude spécifique³⁷. Dans le cadre de notre travail, nous recourons à deux techniques : la technique documentaire et la technique d'observation.

La technique documentaire consiste en une fouille systématique de tout ce qui est écrit ayant une liaison avec le domaine de recherche³⁸. Il s'agit des lois, des règlements, des ouvrages, des notes de cours ainsi que des sites web.

L'observation est une technique de collecte des données qui permet d'avoir accès à des données qui ne sont pas accessibles par différents moyens³⁹. Cette technique nous permet d'observer le secteur des marchés publics enfin de comprendre la cause des contentieux.

Le recours à ces techniques de recherche nous permet de renforcer les précédentes méthodes pour rendre ce travail efficace.

³³ E. BONGELI YEIKELO YA ATO, *Sociologie politique ; Perspectives africaines*, L'Harmattan, Paris, 2020, p. 44.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ N. EL HOUDA LARAOUI, *Techniques de recherche*, cours destinés aux étudiants de L3, Université Frères Mentouri-Constantine1, 2020/2021, p. 35.

³⁷ *Idem*, p. 37.

³⁸ Z. GRAWITZ, *Méthodes des sciences sociales*, 4^{ème} éd. Dalloz, Paris, 1979, p. 571.

³⁹ *Idem*, p. 572.

IV. CHOIX ET INTERET DU SUJET

Le choix et l'intérêt d'un sujet doivent être justifiés⁴⁰ car il n'est pas un fruit du hasard. Il y a toujours plus au moins, dans le choix d'un sujet de recherche en droit, le souci de répondre à des préoccupations et de satisfaire notre curiosité sur le domaine ou une matière donnée⁴¹. Formuler le sujet est une étape capitale. Le sujet doit traduire le contenu que l'on entend présenter à la fin des recherches⁴². Mais, quelle que soit la manière dont on trouve un sujet de recherche, il faut se l'approprier⁴³. Le présent travail a un intérêt double tant du point de vue théorique que pratique.

Du point de vue théorique, l'intérêt de cette recherche s'ajoute à la grande collection des recherches de droit existant dans le milieu de la science et permettra aux générations à venir de cerner avec exactitude en quoi consiste le contentieux administratif des marchés publics. Et aussi à avoir des connaissances approfondies des règles relatives à la passation des marchés publics.

Du point de vue pratique, ce sujet permet au public d'être au courant de la législation en vigueur sur les marchés publics dans notre pays. Mais aussi, de comprendre la portée des différents actes administratifs posés dans le cadre des marchés publics. Et enfin, connaître le rôle capital que jouent les marchés publics dans la satisfaction des besoins d'intérêt général.

V. DELIMITATION DU SUJET

Le savoir s'offre au chercheur comme une forêt où foisonnent et s'enchevêtrent connaissances et informations au risque de le désorienter dans le choix de la matière spécifique et dans la formulation de son sujet⁴⁴. Il est question ici de délimiter les cadres de recherche, afin de matérialiser ce travail⁴⁵. Il s'agit d'explicitier

⁴⁰ J-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *Principes et usages en matière de rédaction d'un travail universitaire*, Cadicec, Kinshasa, 2004, p. 20.

⁴¹ I. MINGASHANG et F. ZEGBEG ZEGS, *Méthodologie de la recherche et de la rédaction en droit*, Op.Cit., p. 96.

⁴² K. NDUKUMA ADJAYI et J. DOBO KUMA, *Guide méthodologique de référence pour recherche et rédaction des écrits universitaires en science sociale et juridique*, Op.Cit., p. 47.

⁴³ I. MINGASHANG et F. ZEGBEG ZEGS., *Méthodologie de la recherche et de la rédaction en droit*, Op.Cit., p. 97.

⁴⁴ B. BANZELYNO GIANZ, *Guide de rédaction d'un travail de fin de cycle*, Édition Justou, Kinshasa, 2022, p. 26.

⁴⁵ S. KPENGLA, *Cours de méthodologie du droit*, cours destiné aux étudiants de L2, UCC, 2011-2012, p. 20.

où nous partons précisément, et de déterminer où nous voulons arriver précisément. Le champ opératoire de ce travail se présente comme suit :

Sur le plan spatial, notre travail a comme délimitation les contentieux administratifs des marchés publics se déroulant sur l'étendue du territoire de la République Démocratique du Congo.

Sur le plan temporel, notre champ de recherche part de la loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics.

Sur le plan matériel, notre travail s'inscrit en droit public dans son approche qui étudie les rapports entre l'État et les particuliers. En ce sens, notre travail prend en charge les notions fondamentales du droit administratif, du droit des marchés publics, du droit de l'administration publique, du droit constitutionnel, etc.

VI. LE PLAN SOMMAIRE

Notre travail se structure en deux chapitres, en plus de l'introduction et de la conclusion. Le premier chapitre est relatif à la nature juridique des marchés publics et aux principes fondamentaux les régissant (Chapitre 1). De la nature juridique (Section 1), et des principes fondamentaux (Section 2). Le second chapitre traite du règlement des différends des marchés publics (Chapitre 2). De Mécanismes général de règlement des litiges administratifs (Section 1), et des mécanismes particuliers de règlement des litiges des marchés publics (Section 2).

CHAPITRE 1. NATURE JURIDIQUE ET PRINCIPES FONDAMENTAUX DES MARCHÉS PUBLICS

Le marché public est une convention passée entre une personne morale de droit public et une ou plusieurs personnes physiques et/ou morales de droit privé⁴⁶. C'est un contrat écrit soumis à des conditions restrictives. Souvent confondu au contrat privé de l'administration⁴⁷, ses spécificités influent sur sa nature juridique⁴⁸. Cela nous pousse à nous interroger sur cette dernière.

Les marchés publics sont régis par un paquet de principes universellement admis. Ces principes doivent être observés dans chaque phase du processus d'achat public⁴⁹. Ils jouissent d'une force juridique pour que leur méconnaissance soit sanctionnée par la nullité de la procédure entreprise⁵⁰. Applicables à tout marché ou délégation de service public, ils sont : la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité des candidats, la transparence des procédures ainsi que la budgétisation des marchés publics⁵¹.

Nous allons au cours de ce chapitre analyser la question de la nature juridique du marché public (Section 1) ; et ensuite aborder les différents principes régissant les marchés publics (Section 2).

Section 1. Nature juridique de marchés publics

Le législateur congolais ne s'est pas expressément prononcé sur la nature qu'il convient d'attacher aux marchés publics. C'est une question impérieuse qui mérite d'être éclairée dans la mesure où la détermination de cette nature peut jouer et influencer sur la compétence juridictionnelle en cas de contentieux⁵². La nature juridique du marché public est d'une importance capital car il permet de le distinguer de contrats privés de l'Administration.

⁴⁶ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 3^e éd. LGDJ, Paris, 2002, p. 127.

⁴⁷ P. CHRETIEN et N. CHIFFLOT, *Droit administratif*, *Op.Cit.*, p. 462.

⁴⁸ L. YUMA BIABA, *Manuel de Droit administratif*, CEDI, Kinshasa, 2012, pp. 145.

⁴⁹ J-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés publics*, *Op.Cit.*, p. 62.

⁵⁰ Art. 3, Décret n°23/12 du 3 mars 2023, préc.

⁵¹ Art. 4, Décret n°23/12 du 3 mars 2023, préc.

⁵² N. MWILANYA WILONDJA, *Le droit congolais des marchés publics*, L'harmattan, Paris, 2016, p. 20.

Dans un contrat de marché public, l'une des parties est nécessairement une personne publique. On peut donc convenir que les marchés publics sont des contrats administratifs (§1). Etant donné qu'ils portent sur plusieurs besoins, nous allons voir leur typologie (§2).

§1. Marché public : Contrat administratif

La notion de contrat administratif se déduit soit de régimes législatifs, soit d'une solide tradition jurisprudentielle⁵³. Comme nous l'avons dit, le législateur congolais n'a rien dit sur la nature de contrat administratif que revêtent les marchés publics. Toutefois, il exige que tout marché public doit faire l'objet d'un contrat écrit dans lequel sont renseignées les mentions de l'article 48 de la loi sur les marchés publics⁵⁴. Quel que soit le type de marché à passer, il doit toujours intervenir un contrat qui est la loi des parties. Mais ce contrat est accompagné d'un cahier des charges⁵⁵. Ce cahier des charges détermine les conditions d'exécution du marché. Il comprend les documents généraux et les documents particuliers suivants : le cahier des clauses administratives générales qui fixent les dispositions relatives à l'exécution et au contrôle des marchés publics, applicables à toute catégorie de marchés ; le cahier des clauses administratives particulières qui fixent les dispositions administratives et financières propres à chaque marché ; tous autres documents définissant les caractéristiques des travaux, des fournitures, des services ou des prestations intellectuelles⁵⁶.

Le juge détermine la nature du contrat en fonction des critères établis par la loi. Dans ce cas on parle des critères formels de qualification (A). Mais la doctrine et la jurisprudence détermine certains critères sur base desquels un contrat peut être désigner de contrat administratif (B).

⁵³ D. CHABANOL et J. JOUGELET, *Le régime juridique des marchés publics*, Collection Analyse juridique, 5^{ème} édition, Paris, 2007, p. 17.

⁵⁴ Le contrat mentionne : l'objet et le numéro du marché ; les parties contractantes ; les moyens de financement de la dépense et la rubrique budgétaire d'imputation ; le cas échéant, le maître d'œuvre délégué ; la qualité de la personne signataire du marché et de la partie cocontractante ; les pièces constitutives du dossier d'appel d'offres ; le montant du marché, assorti des modalités de sa détermination et, éventuellement, de celles de sa révision ; les obligations fiscales et douanières ; le délai et le lieu d'exécution ; les conditions de constitution des cautionnements ; la date de notification ; la domiciliation bancaire du cocontractant ; les conditions de réception ou de livraison des prestations ; les modalités de règlement des prestations ; le comptable chargé du paiement ; les modalités de règlement des litiges ; les conditions de résiliation ; la juridiction compétente en cas d'appel d'offres international.

⁵⁵ Art 49, Loi n°10/010 du 27 avril 2010, préc.

⁵⁶ Art 49, Loi n°10/010 du 27 avril 2010, préc.

A. Critères formel de qualification

La loi définit le marché public comme un contrat écrit par lequel un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire s'engage envers l'autorité contractante moyennant un prix⁵⁷. Les marchés publics constituent un terme spécifique, car ils couvrent techniquement que les contrats conclus par les personnes publiques pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures de biens, de prestation de services ou de prestations intellectuelles⁵⁸. Ils visent précisément les contrats liés à la commande publique ou aux achats publics⁵⁹.

La qualification d'un type de contrat administratif procède de la volonté du législateur. C'est le critère matériel ou du contenu qui est pris en compte⁶⁰. La loi qualifie un contrat à passer par l'Administration de contrat administratif en agissant de deux manières : Par détermination directe, lorsque la loi indique que tel contrat est un contrat administratif⁶¹. Même si la loi du 27 avril 2010 relative aux marchés publics n'ajoute pas l'adjectif « administratif » après le mot « contrat » dans les définitions fournies à son article 5⁶², tous les marchés publics et les conventions de délégation de service public régis par cette législation sont des contrats administratifs. Par détermination indirecte, lorsque la loi ne le dit pas directement, mais soumet ce contrat à une procédure particulière du droit administratif : soit l'appel d'offres⁶³, soit l'adjudication⁶⁴. Tel est le cas de contrat de concession forestière⁶⁵ ou de contrat de partenariat public-privé⁶⁶.

⁵⁷ Art. 5, Loi n°10/010 du 27 avril 2010, préc.

⁵⁸ J-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *Abrégé de droit administratif*, MédiasPaul, Kinshasa, 2022, p. 365.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ J-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *Abrégé de droit administratif*, *Op.Cit.*, p. 369.

⁶² Contrat écrit par lequel un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire s'engage envers l'autorité contractante fournissant une contribution ou une garantie financière, soit à réaliser des travaux, soit à fournir des biens ou des services, soit à exécuter des prestations intellectuelles, moyennant un prix.

⁶³ La procédure par laquelle l'autorité contractante choisit, sans négociation avec les candidats, l'offre économiquement la plus avantageuse, évaluée sur la base de critères objectifs portés à la connaissance des candidats et exprimés en termes monétaires.

⁶⁴ J-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *Abrégé de droit administratif*, *Op.Cit.*, p. 370.

⁶⁵ Art. 83, Loi n°011/2002 du 29 août 2002 portant code forestier, *In J.O RDC*, numéro du 31 août 2002.

⁶⁶ Art. 25, Loi n°18/016 du juillet 2018 relative au partenariat public-privé, *In J.O RDC*, numéro spécial du 5 avril 2019.

B. Critères jurisprudentiel

Les contrats administratifs par application de critères jurisprudentiels sont véritablement imprégnés d'administrativité, car ces critères renvoient à trois paramètres : la qualité des personnes (critère personnel ou organique) ainsi que l'objet et le contenu du contrat (critère alternatifs)⁶⁷. La jurisprudence administrative a, en effet, dégagé deux conditions cumulatives qui permettent de reconnaître un contrat administratif⁶⁸ :

Il faut que l'une des parties contractantes soit l'Administration (l'Etat, la ville de Kinshasa et les provinces ainsi que les entités territoriales décentralisées, les autorités administratives indépendantes, les établissements publics et les personnes administratives spécialisées sui generis). Dans cette mesure, en principe, est administratif le contrat dans lequel une personne publique est présente.

Il faut encore que le contrat comporte : soit des clauses inhabituelles au droit civil (clauses exorbitantes de droit commun). Par exemple, les clauses prévoyant le droit de résiliation unilatérale au profit de l'administration ou le pouvoir de l'Administration de diriger, surveiller ou contrôler l'exécution du contrat. Il faut qu'il y ait une seule clause exorbitante pour imprimer au contrat le caractère administratif⁶⁹.

Soit qu'il s'agisse d'un contrat relatif à la réalisation ou à la gestion d'un service public comme la concession de service public et la régie intéressée.

§2. Typologie et modalité de passation de marchés publics

La classification des marchés publics diffèrent selon les besoins⁷⁰. Lorsque l'Administration définit ces besoins en termes de bâtiments elle recourt au marché de travaux. Lorsqu'elle définit ces besoins en termes de biens mobiliers elle recourt aux marchés des fournitures⁷¹. Il en est de même lorsque ces besoins sont définis en termes

⁶⁷ J-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *Abrégé de droit administratif*, Op.Cit., p. 370.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ J-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *Abrégé de droit administratif*, Op.Cit., p. 372.

⁷¹ *Ibidem*.

de prestation sans spécification et de prestation à caractère intellectuel, elle recourt successivement aux marchés de services et des prestations intellectuelles⁷².

Le législateur congolais dans sa définition du marché public énumère les différents types de marchés publics⁷³ (A) et ses différents marchés sont passés suivant différentes procédures ou modalités (B).

A. Typologie de marchés publics

Les marchés publics ne sont pas des contrats philanthropiques car leur réalisation a toujours été toujours coûteuse⁷⁴. De la préparation de dossiers de soumission à la passation proprement dite du marché, on assiste à un parcours de combattant dans lequel, sans être le seul indicateur, l'argent y joue un rôle déterminant⁷⁵. Même au moment de la passation du marché, l'autorité contractante doit s'assurer que l'attributaire du marché réunit les capacités techniques et les garanties financières suffisantes lui permettant de l'exécuter convenablement⁷⁶. Le législateur précise à cet effet que le prix rémunère le titulaire du marché, il est censé lui assurer un bénéfice et couvrir toutes les dépenses qui sont la conséquence nécessaire et directe des travaux, fournitures ou services, et notamment les impôts, droits et taxes applicables, sauf lorsqu'ils sont exclus du prix du marché en vertu du terme de commerce retenu⁷⁷.

Du caractère onéreux et bilatéral du marché, il se dégage que les droits du titulaire du marché sont la contrepartie du versement par l'autorité contractante du prix ou de la compensation à retirer au moment de son exécution⁷⁸. Il est clair que l'absence de la contrepartie sérieuse fait priver le marché de toute sa pertinence ; il est, en principe, nul ou assimilé à une libéralité⁷⁹. Comme contrat à titre onéreux, la commande publique

⁷² J-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *Abrégé de droit administratif*, Op.Cit., p. 372.

⁷³ Les différents types de marchés publics sont : « Les marchés de travaux ; les marchés de fournitures ; les marchés de services ; les marchés de prestations intellectuelles ».

⁷⁴ J-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés publics*, Op.Cit., p. 35.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Art. 54, Loi n°10/010 du 27 avril 2010, préc.

⁷⁸ J-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés publics*, Op.Cit., p. 37.

⁷⁹ *Ibidem*.

porte sur l'exécution des travaux et des fournitures (1) et la réalisation des prestations intellectuelles et des services (2).

1. Marchés de travaux et de fournitures

Les marchés de travaux ont pour objet la réalisation au bénéfice d'une autorité contractante de tous travaux de bâtiment ou de génie civil ou la réfection d'ouvrage de toute nature⁸⁰. D'emblée, il importe de préciser que le travail public est celui qui est exécuté sur un immeuble. Le terme « immeuble » doit être pris ici dans le sens large qu'il a en droit civil, c'est-à-dire il peut s'agir d'un immeuble par nature⁸¹, par incorporation⁸² ou par destination⁸³. Le travail public est traditionnellement un travail immobilier exécuté pour le compte d'une personne publique ou privée. Aujourd'hui, il est également compris comme un travail immobilier exécuté pour le compte d'une personne publique⁸⁴.

Le travail public est une opération matérielle ou un travail matériel exécuté sur un immeuble, c'est-à-dire une production matérielle sur un immeuble, alors que l'ouvrage public vise le résultat du travail public⁸⁵. Le manuel de procédures de la loi relative aux marchés donne quelques exemples d'ouvrages publics à la suite d'un travail public⁸⁶ : une route, un aéroport, un bâtiment, ou autres ouvrages de génie civil.

Les marchés de fournitures ont pour objet un bien mobilier, et non l'acquisition d'un immeuble ou d'un droit sur un immeuble⁸⁷. Ils portent sur l'achat, la prise du crédit-bail, la location ou location-vente de produits (terme utilisé par le législateur en lieu et place de « biens meubles ») ou matériels au bénéfice d'une autorité contractante⁸⁸. Les marchés de fourniture concernent les biens corporels ou tangibles, tels que les fournitures de bureau, les matériels de bureau, les mobiliers de bureau, les

⁸⁰ J-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés publics*, Op.Cit., p. 375.

⁸¹ Art. 6, Loi n°73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des suretés telle que modifiée et complétée par la loi n°80-008 du 18 juillet 1980.

⁸² Art. 7, Loi n°73-021 du 20 juillet 1973, préc.

⁸³ Art. 8, Loi n°73-021 du 20 juillet 1973, préc.

⁸⁴ Y. GAUDETMET, *Droit administratif des biens*, 14^e éd., LGDJ – Lextenso, Paris, 2011, p. 514.

⁸⁵ J-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *Abrégé de droit administratif*, Op.Cit., p. 576.

⁸⁶ Art. 26, Décret n°23/12 du 3 mars 2023, préc.

⁸⁷ Concerné par le marché de travaux.

⁸⁸ Art. 8, Loi n°10/010 du 27 avril 2010, préc.

matériels roulants, les équipements informatiques ou les avions de transport et ils peuvent éventuellement être accompagnés d'un travail de pose ou d'installation, nécessaire pour que les fournitures soient utilisables.

2. Marchés de services et de prestations intellectuelles

Les marchés de services ont pour objet la réalisation des prestations qui ne peuvent être qualifiées ni de travaux, ni de fourniture⁸⁹. Ils concernent, par exemple, les prestations de transport, les prestations d'entretien et de maintenance des équipements, des installations et des matériels, les prestations de nettoyage ou de gardiennage des locaux administratifs, les prestations de jardinage, les prestations de publication et d'impression, les prestations de publicité ou les prestations informatiques⁹⁰. D'une façon générale, il doit s'agir de tous marchés de service courants qui ont pour objet l'acquisition par le maître d'ouvrage des services pouvant être fournis sans spécifications techniques exigées par le maître d'ouvrage⁹¹.

Lorsqu'un marché a pour objet à la fois des services et des fournitures, il sera considéré comme un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des produits à fournir⁹².

Les marchés de prestations intellectuelles ont pour objet des prestations à caractère principalement intellectuel, c'est-à-dire des activités à caractère intellectuel sans élément physiquement quantifiable⁹³. Par exemple, la réalisation d'études, les travaux de recherche, les services de conseil et les prestations d'ingénierie ou d'assistance. C'est le savoir-faire du candidat qui est ici primordial et non l'importance de ses moyens matériels ou sa capacité financière⁹⁴. Ces marchés visent notamment les contrats de maîtrise d'ouvrages déléguée, les contrats de conduite d'opération, les

⁸⁹ J-M MBOKO DJ'ANDIMA, *Abrégé de droit administratif*, Op.Cit., p. 577.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ C. DELFORGE et K. POLET, *Principes élémentaires du droit des marchés publics*, Larcier, Bruxelles, 2018, p. 23.

⁹² Art. 12, Loi n°10/010 du 27 avril 2010, préc.

⁹³ J-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *Abrégé de droit administratif*, Op.Cit., p. 578.

⁹⁴ *Ibidem*.

contrats de maîtrise d'œuvre et les services d'assistance technique ainsi que les marchés de prestations d'études (propriété intellectuelle)⁹⁵.

B. Modalités de passation de marchés publics

Les procédures de passation des marchés publics sont constituées d'un ensemble très complexe des modalités dont l'application correcte concourt à l'efficacité des rapports entre les autorités contractantes et les cocontractants⁹⁶. Le respect de ces procédures favorise la sauvegarde de l'intérêt général ou l'intérêt du service public à travers les achats publics.

Le législateur a établi un mode de principe en matière de passation des marchés publics c'est l'appel d'offres (1), et à côté un mode d'exception le gré à gré (2).

1. Passation par appel d'offre

Le principe affirmé en matière de passation des marchés publics, est l'appel d'offres. Le recours à ce mode de passation implique l'absence de négociation avec les candidats, le choix de l'offre économique la plus avantageuse, l'évaluation de l'offre en termes monétaires et la publicité ou la transparence⁹⁷. Le marché d'appel d'offres ou sur appel d'offres est celui dans lequel les règles de publicité et de concurrence sont organisées mais la procédure ne comporte aucun automatisme en ce sens que ce marché est accordé non pas au soumissionnaire qui a proposé le plus fort rabais mais plutôt au concurrent qui offre le marché le plus intéressant⁹⁸. L'administration retient la personne qu'elle croit plus apte à exécuter le contrat en faisant la combinaison entre le prix et la qualité.

La loi congolaise définit concrètement l'appel d'offres comme « la procédure par laquelle l'autorité contractante choisit, sans négociation avec les candidats, l'offre économiquement la plus avantageuse, évaluée sur la base de critères objectifs portés à la connaissance des candidats et exprimés en termes monétaires »⁹⁹.

⁹⁵ J-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *Abrégé de droit administratif*, Op.Cit., p. 578.

⁹⁶ N. MWILANYA WILONDA, *Le droit congolais des marchés publics*, Op. Cit., p. 42.

⁹⁷ *Idem*, p. 43.

⁹⁸ G. VEDEL et P. DELVOVE, *Droit administratif*, tome 2, 12^e éd. Eyrolles, Paris, 1992, p. 818.

⁹⁹ Art. 20, Loi n°10/010 du 27 avril 2010, préc.

Les marchés par appel d'offres sont, en règle générale, constitués sur la base d'éléments techniques et financiers préalablement répertoriés dans le dossier de soumission. Erigé en principe dans la passation de la commande publique¹⁰⁰, l'appel d'offres impose le respect d'un certain nombre d'étapes successivement organisées dans le code¹⁰¹ et portant, soit sur la réalisation des travaux d'intérêt public, soit sur les fournitures, soit encore sur les prestations de services. La procédure d'appel d'offres comprend trois modalités : l'appel d'offres ouvert, l'appel d'offres restreint, et l'appel d'offre avec concours.

On recourt à l'appel d'offres ouvert, lorsque toute personne intéressée par le marché peut soumettre une offre¹⁰². Dans ce cadre, tout candidat non exclu de la commande publique par l'ARMP peut soumettre une offre. Le choix du soumissionnaire au titre de la qualification des candidats est fait en fonction des éléments ci-après : la situation juridique, la capacité professionnelle, technique et financière, la référence, l'absence de disqualification ou de condamnation de l'entreprise candidate ou de ces dirigeants liée à la passation des marchés publics ou à leur activité professionnelle, la situation vis-à-vis du fisc (douanes et impôts) et des organismes de protection sociale comme la CNSS, la norme de qualité sur laquelle le prestataire est inscrit¹⁰³. L'offre économiquement la plus avantageuse est appréciée en fonction des éléments précis : le prix proposé, le délai d'exécution, le coût de fonctionnement des matériels ou infrastructures proposées, le service après-vente, les conditions et calendrier de paiement, la garantie de la durée de vie, l'impact environnemental, l'utilisation plus ou moins accrue des compétences, nationales¹⁰⁴.

On peut recourir à l'appel d'offres restreint, lorsque seuls peuvent remettre des offres, les candidats que l'autorité contractante a décidé de consulter¹⁰⁵. Concrètement, le recours à l'appel d'offres restreint n'est justifié que lorsque les biens, les travaux ou les services, de par leur nature spécialisée, ne sont disponibles qu'auprès

¹⁰⁰ Art. 17, Loi n°10/010 du 27 avril 2010, préc.

¹⁰¹ C. EMERY, *Passer un marché public - Principes, procédures et contentieux*, 1^{re} éd. Delmas, Paris, 2001, p. 225.

¹⁰² J-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *Abrégé de droit administratif*, Op.Cit., p. 593.

¹⁰³ Art. 23, Loi n°10/010 du 27 avril 2010, préc.

¹⁰⁴ Art. 23, Loi n°10/010 du 27 avril 2010, préc.

¹⁰⁵ Art. 26, Loi n°10/010 du 27 avril 2010, préc.

d'un nombre limité des fournisseurs, d'entrepreneurs, ou de prestataires de services¹⁰⁶. Dans ce cas, tous les candidats potentiels doivent être invités pour assurer une concurrence réelle. Le recours à l'appel d'offres restreint requiert l'avis de non objection préalable de la direction générale de contrôle des marchés publics¹⁰⁷.

Quant à l'appel d'offres avec concours, il s'effectue selon la procédure d'appel d'offres ouvert ou restreint¹⁰⁸. On y recourt lorsque des motifs d'ordre technique, esthétique, environnemental ou financier justifient des recherches particulières. Le concours porte sur la conception d'une œuvre ou d'un projet architectural. Le concours a lieu sur base d'un programme établi par l'autorité contractante qui indique les besoins auxquels doit répondre la prestation et fixe, le cas échéant, le maximum de la dépense prévue pour l'exécution du budget. Le DAO avec concours prévoit des primes, récompenses ou avantages à allouer aux soumissionnaires les mieux classés. Les projets retenus et/ou primés deviennent la propriété de l'autorité contractante. En revanche, les projets des concurrents non retenus leurs sont restitués et le frais engagés par eux sont remboursés endéans un mois¹⁰⁹.

Les marchés publics par appel d'offres sont passés après une publicité suffisante par avis d'appel à la concurrence portée à la connaissance du public. En fonction du seuil, les marchés peuvent faire l'objet d'un appel d'offres national ou d'un appel d'offres international¹¹⁰. Ces procédures d'appel d'offres général ou restreint excluent tout automatisme et s'effectuent en fonction de l'offre la plus intéressante pour l'Administration.

2. Passation par gré à gré

Comme relevé précédemment, le gré à gré est une modalité exceptionnelle de passation des marchés publics. Le marché de gré à gré n'est autrement défini que de manière négative et par opposition au marché par appel d'offres¹¹¹.

¹⁰⁶ Art. 26, Loi n°10/010 du 27 avril 2010, préc.

¹⁰⁷ Art. 23, Décret n°23/12 du 3 mars 2023, préc.

¹⁰⁸ J-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *Abrégé de droit administratif*, Op.Cit., p. 594.

¹⁰⁹ Art. 141, Décret n°23/12 du 3 mars 2023, préc.

¹¹⁰ J-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *Abrégé de droit administratif*, Op.Cit., p. 595.

¹¹¹ N. MWILANYA WILONDJA, *Le droit congolais des marchés publics*, Op. Cit., p. 45.

En effet, un marché est dit de gré à gré lorsqu'il est passé sans appel d'offres mais après l'autorisation écrite et préalable de la Direction générale de contrôle des marchés publics¹¹². La demande de recours à cette procédure doit être également et contenir les raisons qui le justifient¹¹³. C'est un marché passé par entente directe. Contrat par entente directe, le marché de gré à gré n'a lieu que lorsque les besoins à satisfaire justifient l'emploi d'un brevet d'invention, d'une licence ou de droits exclusifs détenus par un seul entrepreneur, un seul fournisseur ou un seul prestataire.

Certains marchés sont également concernés par cette procédure : les marchés susceptibles de n'être confiés qu'aux seuls prestataires préalablement déterminés pour des raisons techniques ou artistiques. Dans le même temps et lorsqu'en cas d'extrême urgence, l'autorité contractante se propose, pour les travaux des fournitures ou services, de les faire exécuter en lieu et place de l'entrepreneur, du fournisseur ou du prestataire défaillant. Le recours à la procédure de gré à gré se justifie davantage lorsqu'en cas d'impérieuse urgence motivée par des circonstances imprévisibles ou de force majeure, l'administration se trouve obligée de ne pas respecter les délais prévus dans les procédures d'appel d'offres et contrainte de solliciter une intervention immédiate.

La passation des marchés spéciaux¹¹⁴ dans le domaine de la défense et de la sécurité sollicitent fréquemment le recours à la technique de gré à gré¹¹⁵. Mais aussi on recourt au gré à gré dans la délégation de service public¹¹⁶. Il en découle que le marché de gré à gré ressemble, dans ses phases de négociation et de conclusion, à celui de droit privé n'exigeant aucune procédure particulière. La nature publique de ce contrat ne tient qu'à la qualité de l'une des parties contractantes, à savoir la personne morale de droit public. On admet que le marché de gré à gré ne soit autorisé que pour les

¹¹² Art. 41, Loi n°10/010 du 27 avril 2010, préc.

¹¹³ N. MWILANYA WILONDJA, *Le droit congolais des marchés publics*, Op. Cit., p. 44.

¹¹⁴ Les marchés spéciaux sont ceux portant sur un objet spécifique défini par la loi. C'est une catégorie des marchés qui ne répond, pas pour tout ou partie, aux dispositions relatives aux marchés par appel d'offres ou aux marchés de gré à gré.

¹¹⁵ Art. 42, Loi n°10/010 du 27 avril 2010, préc.

¹¹⁶ Contrat par lequel l'autorité contractante confie la gestion d'un service public relevant de sa compétence à un délégataire, société privée ou l'Etat, dont la rémunération est liée ou substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service concerné. Les délégations de service public comprennent : Les concessions de service public, les affermage et les régies intéressées.

entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services disposant d'une expertise requise ou ayant antérieurement exécuté des travaux analogues, mais qui acceptent de se soumettre, durant l'exécution des prestations, à un contrôle des prix spécifiques. Il doit, pour ce faire, indiquer clairement les obligations comptables auxquelles est soumis l'attributaire¹¹⁷.

La DGCMP procède au contrôle a priori de la procédure de passation et d'attribution des marchés, soit à une revue préalable des dossiers, soit des demandes de propositions. Et l'ARMP effectue le contrôle a posteriori des marchés et des délégations de service public¹¹⁸.

Section 2. Principes fondamentaux des marchés publics

La diversité des catégories de marchés publics conduit à rechercher les principes fondamentaux applicables à tous les marchés publics, principes devant être sauvegardés à l'occasion des achats publics¹¹⁹. Ces principes sont édictés par les articles 3 à 7 du décret n°23/12 du 3 mars 2023 portant manuel de procédures des marchés publics. Toute autorité contractante doit s'en tenir comme à la prunelle de ses yeux car la non application ou la mauvaise application de ces principes peut-être une cause d'inefficacité des politiques publiques. Il convient ici de rappeler d'abord ce que signifie la liberté d'accès à la commande publique et l'égalité de traitement (§1) et ensuite en quoi consiste la transparence, l'efficacité des procédures et la budgétisation (§2).

§1. Liberté d'accès à la commande publique et l'égalité de traitement des candidats

Compter parmi les principes régissant les marchés publics, la liberté d'accès à la commande **(A)** est le corolaire de la liberté d'entreprendre. Le libre accès à la commande publique impose à l'autorité contractante l'ouverture de la compétition à toute personne remplissant les conditions administratives et techniques requises.

Le principe d'égalité de traitement des candidats **(B)** résulte du principe constitutionnel d'égalité des citoyens devant la loi et du principe de libre concurrence.

¹¹⁷ Art. 43, Loi n°10/010 du 27 avril 2010, préc.

¹¹⁸ J-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *Abrégé de droit administratif*, Op.Cit., p. 595.

¹¹⁹ N. MWILANYA WILONDJA, *Le droit congolais des marchés publics*, Op.Cit., p. 32.

Ce principe exclut toute discrimination quelle que soit son origine (fondée sur l'ethnie, la religion, le sexe, la race, ou sur l'appartenance politique).

A. Liberté d'accès à la commande publique

La liberté d'accès à la commande publique implique que toutes les entreprises soumissionnaires puissent accéder à un marché dès lors qu'elles remplissent les conditions requises¹²⁰.

Ce principe régissant les marchés publics découle d'un principe à valeur constitutionnel et dispose d'un contenu (1), qui doit guider les autorités contractantes dans la passation des marchés et d'une philosophie (2) pour éviter la discrimination.

1. Contenu du principe

La liberté d'accès à la commande publique est le corolaire de la liberté d'entreprendre¹²¹. Issu du principe de la libre concurrence que postule tout achat public, le libre accès à la commande publique impose à l'autorité contractante l'ouverture de la compétition à toute personne remplissant les conditions administratives et techniques requises¹²². Lorsque l'administration se propose, en effet, d'organiser la procédure de commande publique, l'autorité contractante se doit de faire bénéficier à toute personne intéressée les mêmes chances et opportunités¹²³. La logique de la commande sous-entend au départ l'expression d'un besoin par l'autorité contractante¹²⁴. C'est cette dernière qui en prend l'initiative au travers les avis d'offres qu'elle présente aux différents candidats intéressés. La liberté d'accès à la commande publique n'autorise donc pas de restriction qui ne soit fondée sur la loi, ni justifiée par les nécessités d'exploitation du service en cause¹²⁵. L'administration publique se voit obligée de respecter un certain nombre de critères en la matière et s'interdire : d'exiger, au stade de la candidature, la possession d'un agrément nécessaire à l'exercice de l'activité faisant l'objet du marché ; l'accès au marché à une entreprise avec laquelle elle serait en

¹²⁰ N. MWILANYA WILONDJA, *Le droit congolais des marchés publics*, Op.Cit., p. 33.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² J-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés publics*, Op.Cit., p. 64.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ N. MWILANYA WILONDJA, *Le droit congolais des marchés publics*, Op. Cit., p. 34.

¹²⁵ *Idem*, p. 34.

litige ; de limiter l'accès de la commande publique aux seules entreprises organisées sous forme de société commerciale, à l'exclusion de toute candidature de groupements d'intérêts économiques ou des personnes physiques, dès lors que ceux-ci ont la capacité juridique de contracter¹²⁶.

2. Philosophie du principe

La doctrine considère que l'accès à la commande publique doit être libre et impartiale. La personne publique ou l'autorité contractante ne doit pas créer ou laisser s'installer un milieu non concurrentiel¹²⁷. Dès lors, elle ne peut écarter des candidats en se fondant sur d'autres conditions que celles autorisées par le droit en vigueur¹²⁸. Ce principe vise à assurer la non-discrimination envers les cocontractants de l'Administration.

La liberté d'accès à la commande publique impose à l'administration l'obligation d'écarter de la compétition, tout candidat qui ne se serait pas acquitté des impôts et cotisations dont il est redevable, celui dont la participation à la procédure aurait pour effet de l'exposer au délit de prise illégale d'intérêts, notamment en raison d'un lien entre les associés ou dirigeants de l'entreprise et les élus ou agents de la collectivité publique participant à la décision. La prescription ne vise que le comportement de l'entreprise qui a manqué au devoir d'honorabilité¹²⁹.

B. Egalité de traitement des candidats

L'égalité de traitement exclut l'idée du favoritisme pour les candidats à un marché public. Tous étant égaux devant la loi doivent profiter des mêmes avantages¹³⁰.

Ce principe régissant les marchés publics découle d'un principe à valeur constitutionnel et dispose d'un contenu (1), qui doit guider les autorités contractantes dans la passation des marchés et d'une philosophie (2) pour éviter la discrimination.

¹²⁶ C. EMERY, *Passer un marché public - Principes, procédures et contentieux*, Op.Cit., p. 33.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ J-D. INGANGE WA INGANGE, *Notes du cours de marchés publics*, L2 droit, UPC, Kinshasa, 2023, p. 15.

¹²⁹ J-L ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés publics*, Op.Cit., p. 65.

¹³⁰ *Idem*.

1. Contenu du principe

Au niveau interne ce principe n'est qu'une transposition du principe constitutionnel qui dispose que tous les congolais sont égaux devant la loi et ont droit à une égale protection des lois¹³¹. Ce principe exclut toute discrimination quelle que soit son origine (fondée sur l'ethnie, la religion, le sexe, la race, ou sur l'appartenance politique). Les autorités contractantes doivent faire preuve d'une probité morale en évitant toute pratique de nature concussionnaire ou corruptrice¹³².

Au niveau international ce principe est renforcé par des traités et conventions relatifs aux droits humains dûment ratifiés par la RDC¹³³. Mais aussi par certaines normes européennes dans lequel le principe d'égalité fait partie des critères d'attributions des marchés publics et conditionne que l'attribution du marché se fasse dans la transparence, et l'égalité de traitement¹³⁴.

L'égalité des candidats à la commande publique exige de l'administration la neutralité et l'impartialité à l'égard de tous les soumissionnaires. Elle doit, s'agissant de l'établissement des offres, mettre toutes les entreprises concurrentes en situation d'égalité au regard des informations nécessaires à l'exécution du marché¹³⁵. En vertu de ce principe, l'administration publique à travers l'autorité contractante doit traiter les candidats et les sous missionnaires sur le même pied d'égalité.

2. Philosophie du principe

Ce principe à valeur constitutionnelle exclut toute discrimination qui serait fondée sur la division personnes publiques et entreprises privées¹³⁶. Toutes pouvant donc concourir pour l'obtention d'un marché public, une personne publique peut valablement offrir ses services, ses prestations, à une autre personne publique.

¹³¹ Art. 12, Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la loi n°11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution, *In JO RDC*, 52^{ème} année, n° spécial du 5 février 2011.

¹³² N. MWILANYA WILONDJA, *Le droit congolais des marchés publics*, *Op. Cit.*, p. 37.

¹³³ Art. 1, Déclaration universelle des Droits de l'Homme, Paris, 10 décembre 1948.

¹³⁴ Conseil d'Etat, Avis du 29 juillet 2002, Sté MAJ Blanchisserie de Patin, *AJDA*, 2002.

¹³⁵ J-D. INGANGE WA INGANGE, *Notes du cours de marchés publics*, *Op.Cit.*, p. 19.

¹³⁶ N. MWILANYA WILONDJA, *Le droit congolais des marchés publics*, *Op. Cit.*, p. 38.

La doctrine considère que ce principe a de nombreuses indications qui restreignent le choix de l'administration. En effet, la passation d'un contrat, le recrutement d'un fonctionnaire, la tarification des services publics ne résultent pas de mesures discriminatoires en fonction de préférences personnelles des autorités administratives ou de celles des nécessités commerciales¹³⁷. Toute personne qui s'estime évincée de façon inégale peut saisir le juge pour se voir rétabli dans ses droits. Ce principe est aussi appelée principe du respect de la libre concurrence dans les marchés publics¹³⁸. Sur cette base, les responsables commis à la gestion de toutes les étapes des marchés publics doivent s'abstenir de mettre en place des critères qui ne soient pas nécessaires à l'objet ou qui entraînent la discrimination dans les marchés publics¹³⁹.

L'autorité contractante doit être neutre et objective et elle doit accorder à tous les candidats et les soumissionnaires les mêmes opportunités. L'autorité contractante doit prévenir les recours à toutes mesures discriminatoires. Ce principe exige aussi des soumissionnaires et des candidats la loyauté ou la sincérité ainsi que le respect de la légalité dans la soumission ou la présentation de leurs offres¹⁴⁰.

Bien que garantie, l'égalité doit, par moments, s'accommoder aux limites qu'imposent la protection de l'intérêt général et l'existence des circonstances ne permettant pas de faire un appel général à la concurrence. C'est le cas des marchés spéciaux négociés et conclus dans le cadre de la défense nationale et ceux liés aux intérêts stratégiques de l'État, excluant toute publicité¹⁴¹. L'application du principe connaît une altération découlant de la notion de « préférences nationale ou communautaire »¹⁴². Le législateur indique que « le candidat étranger qui aura prévu de sous-traiter trente pourcents de la valeur globale du marché de travaux, de fournitures ou de services à une entreprise congolaise ou d'aligner quarante pourcents d'experts congolais dans l'équipe clé des experts pourra bénéficier d'une marche de préférence sous forme d'abattement qui ne pourra être supérieur à cinq pourcent¹⁴³ ». Pour être mise

¹³⁷ J-D. INGANGE WA INGANGE, *Notes du cours de marchés publics*, Op.Cit., p. 20.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ J-D. INGANGE WA INGANGE, *Notes du cours de marchés publics*, Op.Cit., p. 20

¹⁴¹ Art. 44, Loi n°10/010 du 27 avril 2010, préc.

¹⁴² KUMBU KI NGIMBI, *Législation en matière économique*, UPC, Kinshasa, 2022, p. 42.

¹⁴³ Art. 61, Loi n°10/010 du 27 avril 2010, préc.

en application, cette disposition doit avoir été préalablement prévue dans le dossier de consultation ou celui d'appel d'offres, vise la protection ou la prise en compte des entrepreneurs et/ou fabricants congolais face à la concurrence étrangère¹⁴⁴.

La concurrence loyale considérer comme la meilleure protection du consommateur est indispensable à un développement économique harmonieux¹⁴⁵. Elle prohibe et réprime les entraves au libre jeu de la concurrence telles que celles résultant d'entente ou d'abus de position dominante¹⁴⁶.

§2. Transparence et budgétisation des marchés publics

La transparence des procédures d'un marché est nécessaire pour assurer leur intégrité (A). La transparence postule le respect des étapes essentielles de passation et de gestion de la commande.

Les marchés publics pour être financés doivent être prévus dans les dépenses annuelles des pouvoirs publics d'où la budgétisation (B). Pour peu que l'autorité contractante poursuive la rentabilité de la commande publique, elle doit s'assurer que la procédure suivie est correctement planifiée et programmée.

A. Transparence des procédures des marchés publics

La transparence désigne la clarté dans la passation des marchés publics. Ce principe issu de l'article 8 du décret n°23/12 du 3 mars 2023 comporte un contenu (A) qui guide les autorités contractantes et une philosophie (B) qui constitue la raison d'être même de ce principe.

1. Contenu du principe

La transparence doit être comprise ici dans le sens de la clarté. Les procédures de passation et d'exécution des marchés publics doivent être claires pour permettre à tous ceux qui sont interrogés à prendre connaissance du déroulement des opérations et éventuellement pour mettre en mouvement les mécanismes de contrôle¹⁴⁷.

¹⁴⁴ J-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés publics*, Op.Cit., p. 66.

¹⁴⁵ S. CHATILLON, *Droit des affaires internationales*, 5^e édition, Vuibert, Paris, 2011, p. 136.

¹⁴⁶ P. ALFREDO, *Droit de la concurrence*, Paris, Chronique, 2000, p. 136.

¹⁴⁷ J-D INGANGE WA INGANGE, *Notes du cours de marchés publics*, Op.Cit., p. 27.

La transparence est généralement assise sur l'exigence de la publicité qu'accompagne tout processus d'achat public, elle influe sur l'appréciation globale de l'offre et l'attribution du marché¹⁴⁸. Indispensable à la crédibilité du processus, la transparence postule le respect des étapes essentielles de passation et de gestion de la commande ; l'élaboration des projets de passation des marchés publics doit en particulier aboutir à la publication du dossier d'appel d'offres¹⁴⁹.

A l'issue de l'évaluation des offres, l'autorité contractante s'oblige de demander à la Direction générale de contrôle des marchés publics un avis de non objection sur l'attribution provisoire du marché¹⁵⁰. Dans le cadre de la transparence, chaque candidat est autorisé à prendre connaissance des règles, textes sur la commande publique ; il fait un libre usage de tout document qui peut faciliter la compréhension et le contrôle¹⁵¹. L'ouverture publique des plis et la publication des résultats permettent un contrôle rigoureux sur l'impossibilité d'attribution personnelle du marché par les candidats¹⁵².

Les soumissionnaires qui participent à la sélection sont sensés trouver dans cette procédure les garanties suffisantes de concurrence grâce à la publicité de l'offre¹⁵³. C'est dans ce sens que se justifie l'obligation pour l'administration de porter à la connaissance des entreprises intéressées et même à la population toutes les informations sur les marchés à conclure ou ceux déjà conclus¹⁵⁴.

En tout état de cause, l'administration est tenue de mettre à la disposition des candidats les éléments d'identité et les coordonnées de la personne publique contractante et celle responsable du marché, les caractéristiques procédurales sur le type de marché choisi et, le cas échéant, la justification du recours à l'urgence, le nom et l'adresse du service auprès duquel le cahier des charges et les documents complémentaires peuvent être demandés ainsi que la date limite de réception des offres

¹⁴⁸ J-D INGANGE WA INGANGE, *Notes du cours de marchés publics*, Op.Cit., p. 27.

¹⁴⁹ *Idem*, p. 27.

¹⁵⁰ Art. 3 point 1, Décret n°10/27 du 28 juin 2010 portant création et fonctionnement de la direction générale du contrôle des marchés publics, In *J.O RDC*, n° spécial du 28 juin 2010.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² Art. 61, Décret n°23/12 du 3 mars 2023.

¹⁵³ J-N. VUDISA, *Initiation à la passation des marchés publics en droit congolais*, Hapert, Pays-Bas, 2002, p. 29.

¹⁵⁴ J-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés publics*, Op.Cit., p. 66.

et les critères d'attribution du marché¹⁵⁵. Une autre situe le principe dans une fusion entre la qualité du service à rendre et le prix à payer, justifiant ainsi l'abandon par certaines législations de la technique d'adjudication au profit de l'appel d'offres pour mieux prendre en compte le prix et la qualité du service dans les critères d'attribution du marché¹⁵⁶. Une troisième insiste sur l'objectif poursuivi, à savoir le renforcement de l'action administrative au profit d'une plus grande efficacité dans le respect des procédures de passation des marchés publics¹⁵⁷. L'efficacité des procédures de la commande publique est d'une perception diversifiée.

Une opinion la rattache à la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité des candidats et la transparence des procédures. Son évocation conduirait à s'assurer de la rentabilité de la commande publique et, conséquemment, de la bonne utilisation des deniers publics¹⁵⁸.

2. Philosophie du principe

La doctrine considère que la procédure de passation des marchés publics ne doit pas être opaque ou secrète¹⁵⁹. Les différentes phases de la procédure doivent bannir toute discrimination et donner lieu à une information et à une concurrence loyale entre les divers candidats¹⁶⁰. En outre, pour la doctrine, les pratiques d'acquisition permettent au fournisseur d'accéder facilement à l'information sur les marchés publics, de connaître clairement les critères d'évaluation de leurs offres et d'obtenir une information appropriée sur les résultats de cette évaluation¹⁶¹. Et ceux qui participent à l'évaluation doivent faire preuve de la plus grande rigueur et d'une totale impartialité. La doctrine considère enfin que la transparence voudrait que la passation et l'exécution des marchés publics soit visible, compréhensible et prévisible¹⁶².

¹⁵⁵ H. ZWANG, *Marché public, règles applicables aux entreprises*, EJA, Paris, 2004, p. 29.

¹⁵⁶ G. KABEYA MUANA KALALA, *Passation des marchés publics, Tome 1, Principes, règles, institutions, procédures, pratiques de passation et contentieux*, éd. Batena Ntambwa, Kinshasa, 2012, p. 92.

¹⁵⁷ C. EMERY, *Passer un marché public - Principes, procédures et contentieux*, *Op.Cit.*, p. 87.

¹⁵⁸ C. LAJOYE, *Droit des marchés publics*, Lextenso, Caen, 2016, p. 114.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ C. LAJOYE, *Droit des marchés publics*, *Op.Cit.*, p. 119.

¹⁶² *Ibidem*.

La mise en œuvre de ce principe se matérialise à travers la publicité qui intervient dans les différentes phases, à savoir : la planification, la consultation, la réception des offres ou de candidatures, l'attribution des marchés au niveau du contentieux et au niveau du contrôle¹⁶³.

B. Budgétisation de la commande publique

La budgétisation est une technique de gestion qui consiste à doter chaque centre de responsabilité d'un budget évaluant en termes monétaires les coûts de l'activité programmée¹⁶⁴. La budgétisation des dépenses publiques permet aux pouvoirs publics de prévoir les dépenses à venir en vue de répondre aux besoins collectifs. Ce principe comprend dans son contenu (A) des règles qui obligent à la programmation budgétaire avec comme philosophie (B) le contrôle des dépenses publiques.

1. Contenu du principe

La passation des marchés publics ne s'improvise, elle s'inscrit dans un plan dont la réalisation justifie à bien des égards des objectifs que s'assigne une administration publique. Pour peu que l'autorité contractante poursuive la rentabilité de la commande publique, elle doit s'assurer que la procédure suivie est correctement planifiée et programmée¹⁶⁵. Le législateur oblige tout candidat au marché public ou à la délégation de service public d'intégrer ses besoins dans une programmation budgétaire préalablement arrêtée¹⁶⁶. Il interdit tout engagement des dépenses ou l'ouverture du marché non couvert par les réserves budgétaires. Dans une disposition réglementaire séparée, la Cellule de gestion des projets et des marchés publics s'assure de la réservation des crédits budgétaires et du financement destinés à couvrir, dans la chaîne des dépenses publiques, le marché public ou délégation de service public envisagé¹⁶⁷.

¹⁶³ C. LAJOYE, *Droit des marchés publics*, Op.Cit., p. 119.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ Art. 6 point 3, Loi n°10/010 du 27 avril 2010, préc.

¹⁶⁷ Art. 2 point 12, Décret n°10/32 du 28 décembre 2010 portant création, organisation et fonctionnement de la cellule de gestion des projets et des marchés publics, *In JO RDC*, numéro du 15 avril 2011, 1^{er} partie n°8, 2010.

2. Philosophie du principe

Sans se soustraire au respect des règles des finances publiques, une catégorie de marchés échappe cependant à la règle de budgétisation préalable : ce sont des marchés dont la passation est commandée par la nécessité des besoins urgents de la communauté¹⁶⁸. Ainsi qu'on le voit, la budgétisation de la commande publique renforce l'efficacité des procédures de passation et d'attribution du marché public ou de la délégation de service public envisagée¹⁶⁹. Dans le domaine des marchés publics, la planification s'appuie sur la définition du chronogramme d'activités à réaliser en tenant bien sûr compte des plans sectoriels de chaque service concerné par l'achat public et des diverses contraintes auxquelles il est astreint¹⁷⁰.

Dans une approche anticipative et de gestion programmée des demandes d'achat public, la planification prépare le regroupement des acquisitions avant toute élaboration du dossier d'appel d'offres et, conséquemment, le lancement des consultations. Préalablement arrêtée, la planification est en principe annuelle et participe à la computation des délais et la fixation des seuils pour chaque type de marché¹⁷¹. Elle induit sur la fixation de procédure et délais qui évitent à l'autorité contractante de recourir à des situations d'urgence causées par les dérives non contrôlées du planning systématique.

La programmation budgétaire apparaît à cet égard comme un outil indispensable de réduction des aléas dus à l'absence ou insuffisance de planification. Par la planification et la programmation de la commande publique, l'autorité contractante se dote d'un tableau de suivi des marchés publics, ce qui lui permet de disposer d'une vision sur l'ensemble d'achat public conclu ou autorisé pendant une certaine période.

¹⁶⁸ J-L ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés publics*, Op.Cit., p. 68.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ J-L ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés publics*, Op.Cit., p. 69.

CHAPITRE 2. REGLEMENT DES CONTENTIEUX DES MARCHES PUBLICS

Le contentieux administratif est l'ensemble des litiges attrait devant les juridictions administratives¹⁷². Par contentieux administratif, on attend l'ensemble des procédures menées par une personne privée se sentant lésée par une décision administrative¹⁷³. C'est aussi l'ensemble des méthodes et des procédés techniques grâce auxquels le juge administratif exerce sa mission de dire le droit, c'est à dire celle de régler des litiges administratifs¹⁷⁴.

Le règlement des litiges dans le cadre des marchés publics est un aspect crucial de la bonne administration des contrats administratifs¹⁷⁵. Les conflits qui peuvent survenir pendant les différentes étapes peuvent être réglés sur base des mécanismes généraux de règlement des litiges administratifs et des mécanismes particuliers prévus par le contentieux administratif¹⁷⁶. Dans le cadre des marchés publics, ces litiges peuvent aussi être réglés sur base des règles spécifiques prévus dans la matière par les différents textes régissant les marchés publics¹⁷⁷.

Nous allons au cours de ce chapitre analyser les mécanismes généraux de règlements des litiges administratifs (Section 1) ; pour ensuite aborder les mécanismes particuliers de règlement des litiges des marchés publics (Section 2).

Section 1. Mécanismes généraux de règlement des contentieux administratifs

La procédure administrative contentieuse est soumise à des règles mis en place pour assurer l'égalité entre l'Administration et les particuliers¹⁷⁸. Ces règles

¹⁷² BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif congolais, Tome 1*, Éditions Academia, Louvain-la-Neuve, 2017, p. 17.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ J-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *Abrégé de droit administratif, Op.Cit.*, p. 315.

¹⁷⁶ BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif, Op.Cit.*, p. 22.

¹⁷⁷ Nous citons : La loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, le décret n°23/12 du 03 mars 2023 portant manuel des procédures des marchés publics, le décret n°10/21 du 02 juin 2010 portant création, organisation et fonctionnement de l'autorité de régulation des marchés publics, le décret n°10/27 du 28 juin 2010 portant création, organisation et fonctionnement de la direction générale du contrôle des marchés publics etc.

¹⁷⁸ BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif, Op.Cit.*, p. 32.

existent pour permettre au requérant de l'Administration d'avoir à sa disposition des instruments nécessaires pouvant l'aider à faire valoir ces droits¹⁷⁹.

Le contentieux administratif congolais prévoit dans les mécanismes généraux de règlement des litiges des mécanismes juridictionnels et des mécanismes alternatifs¹⁸⁰. Les mécanismes juridictionnels se réfèrent aux procédures judiciaires établies pour résoudre des litiges par le biais des tribunaux¹⁸¹. Ils incluent les actions civiles, pénales et administratives ainsi que les voies de recours¹⁸². Les mécanismes alternatifs de résolution des conflits entre l'Administration et les particuliers sont des procédures qui permettent de résoudre des disputes en dehors du cadre judiciaire traditionnel¹⁸³.

Nous allons aborder tour à tour les mécanismes juridictionnels (§1) et les mécanismes alternatifs (§2).

§1. Mécanismes juridictionnels

Le règlement des litiges administratif comprend deux phases : la phase administrative ou pré juridictionnelle et la phase juridictionnelle¹⁸⁴. Bien avant de saisir le juge administratif, il y a certains préalables qui doivent être respectés à l'occurrence le recours préalable gracieux (A) et le recours préalable hiérarchique (B)¹⁸⁵.

A. Préalables d'accès au juge administratif

Le règlement des litiges administratifs par le juge est soumis au principe de réclamation administrative obligatoire exercée devant l'auteur de l'acte, décision ou règlement contesté ce, avant la saisine du juge compétent¹⁸⁶. La réclamation administrative obligatoire et préalable au procès administratif s'impose pour tous recours contentieux devant le juge administratif.

¹⁷⁹ BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif*, Op.Cit., p. 7.

¹⁸⁰ Art. 277, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

¹⁸¹ Art. 10, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

¹⁸² Art. 303, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

¹⁸³ Les mécanismes alternatifs favorisent une attente entre parties en dehors des juridictions.

¹⁸⁴ BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif*, Op.Cit., p. 77.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

La phase administrative ou pré juridictionnelle est celle dans laquelle le requérant bien avant de saisir le juge administratif, saisi en premier l'autorité ayant pris l'acte pour espérer le changement ou la rectification de la décision. Ce qu'on appelle recours gracieux (1). Et si dans le premier cas il n'a pas obtenu gain de cause il peut user de la deuxième possibilité auprès de l'autorité hiérarchiquement supérieure. Ce qu'on appelle recours hiérarchique (2).

1. Recours gracieux

La victime d'un acte, décision ou règlement administratif doit introduire une réclamation tendant à voir rapporter ou modifier l'acte contesté, sous forme de recours gracieux en cas du contentieux d'excès de pouvoir ou contentieux d'annulation¹⁸⁷. La réclamation obligatoire et préalable à la saisine du juge contient l'exposé des moyens fondés sur l'illégalité de forme ou de fond de l'acte contesté, susceptibles de justifier une décision de retrait de l'auteur de l'acte¹⁸⁸. Lorsque la victime de l'acte entend obtenir en même temps l'annulation et la réparation dans le cadre du contentieux de pleine juridiction, la réclamation obligatoire et préalable à la saisine du juge administratif est accompagnée, outre les moyens d'annulation, d'une évaluation chiffrée du préjudice matériel subi, sous peine d'allocation d'une indemnité forfaitaire¹⁸⁹. Lorsqu'il s'agit du préjudice exceptionnel, le requérant adresse à l'autorité, auteur de rupture d'égalité devant les charges publiques, une demande de réparation équitable sous forme d'une réclamation obligatoire et préalable à la saisine du Conseil d'État¹⁹⁰.

Pour ce cas, cette demande doit contenir l'estimation du préjudice, au besoin suffisamment appuyée des rapports et autres documents d'expert quantifiant le préjudice que le Conseil d'État doit définitivement indemniser¹⁹¹. Le requérant dispose d'un délai de trois mois à dater de la publicité de l'acte, du règlement ou de la décision mise en cause pour exercer son recours gracieux devant l'auteur de l'acte¹⁹². En cas de rejet exprès du recours par l'autorité administrative compétente, dans le délai de trois

¹⁸⁷ BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif*, Op.Cit., p. 79.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ Art. 356 al 1^{er}, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

¹⁹¹ Art. 357, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

¹⁹² Art. 358, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

mois, à dater du dépôt de ce recours, le requérant dispose d'un délai de trois mois à compter de la notification de cette décision de rejet pour saisir la juridiction administrative¹⁹³.

2. Recours hiérarchique

La victime d'un acte, décision ou règlement administratif doit introduire une réclamation tendant à voir rapporter ou modifier l'acte contesté, sous forme de recours hiérarchique ou de recours de tutelle en cas du contentieux d'excès de pouvoir ou contentieux d'annulation¹⁹⁴. La réclamation obligatoire et préalable à la saisine du juge contient l'exposé des moyens fondés sur l'illégalité de forme ou de fond de l'acte contesté, susceptibles d'une décision d'annulation de l'autorité hiérarchique ou, le cas échéant, de tutelle¹⁹⁵. La victime d'un acte, décision ou règlement administratif doit introduire une réclamation tendant à voir rapporter ou modifier l'acte contesté, sous forme de recours hiérarchique ou de recours de tutelle en cas du contentieux d'excès de pouvoir ou contentieux d'annulation¹⁹⁶.

La réclamation obligatoire et préalable à la saisine du juge contient l'exposé des moyens fondés sur l'illégalité de forme ou de fond de l'acte contesté, susceptibles de justifier une décision d'annulation de l'autorité hiérarchique ou, le cas échéant, de tutelle¹⁹⁷. Lorsque la victime de l'acte entend obtenir en même temps l'annulation et la réparation dans le cadre du contentieux de pleine juridiction, la réclamation obligatoire et préalable à la saisine du juge administratif est accompagnée, outre les moyens d'annulation, d'une évaluation chiffrée du préjudice matériel subi, sous peine d'allocation d'une indemnité forfaitaire¹⁹⁸.

Lorsqu'il s'agit du préjudice exceptionnel, le requérant adresse à l'autorité, auteur de rupture d'égalité devant les charges publiques, une demande de réparation équitable sous forme d'une réclamation obligatoire et préalable à la saisine du Conseil d'État¹⁹⁹. Pour ce cas, cette demande doit contenir l'estimation du préjudice, au besoin

¹⁹³ BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif*, Op.Cit., p. 80.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif*, Op.Cit., p. 81.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ Art. 150, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

suffisamment appuyée des rapports et autres documents d'expert quantifiant le préjudice que le Conseil d'État doit définitivement indemniser²⁰⁰.

Le requérant dispose d'un délai de trois mois à dater de la publicité de l'acte, du règlement ou de la décision mise en cause pour exercer son recours hiérarchique devant l'autorité supérieure ou de tutelle à l'auteur de l'acte²⁰¹.

Le défaut de décision de l'autorité administrative après trois mois à compter du jour du dépôt du recours administratif en vaut rejet²⁰². Dans ce cas, le requérant dispose, pour saisir la juridiction administrative, d'un délai de trois mois à compter du jour de l'expiration de la période de trois mois²⁰³. Lorsqu'une décision expresse de rejet intervient dans les trois mois impartis pour introduire le recours juridictionnel, elle est sans incidence sur la procédure judiciaire engagée ; elle ne fait courir à nouveau le délai de trois mois imparti pour saisir la juridiction que si cette saisine n'est pas, entretemps, intervenue après l'expiration du premier délai de trois mois laissé à l'autorité administrative.

B. Recours devant le juge administratif

La Constitution du 18 février 2006 institue aujourd'hui un ordre des juridictions administratives comprenant des juridictions administratives de droit commun: Le Conseil d'État, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs; et les juridictions spécialisées²⁰⁴. L'organisation, la compétence et le fonctionnement de ces juridictions sont fixés par la loi organique n° 16-027 du 15 octobre 2016. Le Conseil d'État est la plus haute juridiction de l'ordre administratif congolais²⁰⁵. Il a son siège dans la capitale et son ressort s'étend sur l'ensemble du territoire national²⁰⁶. Il est suivi des cours administratives d'appel dont le ressort est dans

²⁰⁰ Art. 151, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²⁰¹ Art. 152, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²⁰² Art. 153, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²⁰³ Art. 154, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²⁰⁴ Art. 154, Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la loi n°11/002 du 20 janvier 2011 à ce jour.

²⁰⁵ BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif*, Op.Cit., p. 85.

²⁰⁶ *Ibidem*.

chaque province et dans la Ville de Kinshasa²⁰⁷. Et enfin, des tribunaux administratifs dans la Ville de Kinshasa, dans chaque ville et dans chaque territoire²⁰⁸.

Du respect de la répartition des compétences entre les autorités administratives du pouvoir central, provincial et local, les recours en annulation de leurs actes, règlements ou décisions ne sont pas adressés aux mêmes juridictions²⁰⁹.

Pour le recours en annulation des actes administratifs des autorités du pouvoir central (1), seul le conseil d'Etat est compétent. Et pour le recours en annulation des actes administratifs des autorités du pouvoir provincial et local (2), seuls les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs sont compétents.

1. Au niveau du pouvoir central

Une autorité du pouvoir central est celle qui détient le pouvoir décisionnel et exécutif au sein d'un Etat ou d'une organisation²¹⁰. En RD Congo, le pouvoir central comprend premièrement : le Président de la République, les membres du Gouvernement de la République, les Présidents des deux chambres du parlement, les chefs des juridictions et des parquets nationaux²¹¹. Ensuite, sont aussi appelés autorité du pouvoir central les autorités administratives gestionnaires des services publics (déconcentrés d'Etat) nationaux, placés sous l'autorité directe des responsables des services publics centraux du pouvoir central (les directeurs généraux des régies et services nationaux déconcentrés, DGM, ANR, DGI, DGRAD, DGDA, PNC, FARDC, etc.)²¹². Enfin, sont aussi considérés comme autorité du pouvoir central les autorités administratives des entreprises et établissements publics constitutionnalisés (CENI, BCC, etc.), légaux ou réglementaires (Établissements et Entreprises publics) du pouvoir central²¹³. Les actes administratifs pris par ces autorités ne sont attaquables que devant le conseil d'Etat étant donné qu'ils font parties du pouvoir central.

²⁰⁷ BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif*, Op.Cit., p. 85.

²⁰⁸ Art. 60, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²⁰⁹ Les recours en annulation des actes, règlements ou décisions des autorités du pouvoir central sont adressés sous forme de requête au conseil d'Etat. Et ceux des autorités à l'échelon provincial et local respectivement aux cours administratives d'appel et aux tribunaux administratifs.

²¹⁰ P-A. JEAN GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, PUF, Paris, 2024, p. 19.

²¹¹ Art. 2, Loi n° 16-001 du 3 mai 2016 fixant l'organisation et le fonctionnement des services publics du pouvoir central, des provinces et des entités territoriales décentralisées, JO RDC., 1^{er} juin 2016, n° 11, col.

²¹² BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif*, Op.Cit., p. 102.

²¹³ *Ibidem*.

La section du contentieux du conseil d'Etat comprend six chambres d'instruction et de jugement des affaires à savoir : la chambre de l'administration, chargée du contentieux de la légalité et de la réparation du dommage exceptionnel ; la chambre des finances publiques et de la fiscalité, chargée du contentieux fiscal, parafiscal et douanier ainsi que du contentieux des finances publiques, des marchés et des travaux publics du pouvoir central ; la chambre des affaires sociales, chargée des conflits de carrière des agents et fonctionnaires de l'État, en ce compris les litiges liés aux retraites, aux pensions, aux rémunérations et aux avantages sociaux; la chambre des élections, des formations politiques et des organismes professionnels, chargée du contentieux des élections autres que les élections présidentielle et législatives ainsi que du contentieux lié à l'organisation, au fonctionnement et au financement des partis et regroupements politiques ou des organismes professionnels; la chambre des matières économiques, chargée du règlement des conflits à caractère économique ou technique et de ceux liés à la concurrence ; la chambre des affaires générales²¹⁴.

Cette section connaît, en premier et dernier ressort, des recours en annulation pour violation de la loi, de l'édit ou du règlement, formés contre les actes, règlements ou décisions des autorités administratives centrales ou contre ceux des organismes publics placés sous leur tutelle ainsi que ceux des organes nationaux des ordres professionnels²¹⁵. La violation de la loi, de l'édit, du règlement, de la coutume et des principes généraux de droit comprend notamment: l'incompétence ; l'excès de pouvoir ; la fausse application ou la fausse interprétation de la loi, de l'édit ou du règlement ; la non-conformité à la loi, à l'édit ou au règlement de l'acte, du règlement ou de la décision dont il a été fait application ; la violation des formes substantielles ou des formes prescrites à peine de nullité des actes ; la dénaturation des faits et des actes; la négation de la foi due aux actes²¹⁶. Elle statue souverainement, en tenant compte des circonstances de fait et de droit sur les recours en suspension formés contre lesdits actes²¹⁷.

²¹⁴ Art. 48, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²¹⁵ Art. 85, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²¹⁶ Art. 86, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²¹⁷ Art. 87, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

Le recours en annulation des actes, règlements ou décisions des autorités administratives centrales est communiqué par le premier président à la section du contentieux ou, en cas d'urgence, directement au président de la chambre compétente²¹⁸. Le premier président en informe l'autorité dont l'acte, le règlement ou la décision est attaquée²¹⁹.

2. Au niveau provincial et local

Le gouvernement provincial est l'organe exécutif de la province²²⁰. Il désigne l'autorité et les compétences exercées par les autorités provinciales sur leurs juridictions²²¹. En RD Congo le pouvoir provincial comprend: le gouverneur de province ; l'Assemblée provinciale et les ministères provinciaux²²². Ces autorités détiennent les pouvoirs réglementaires de la province susceptibles de recours pour excès des pouvoirs devant les cours administratives d'appel²²³.

La loi crée une ou plusieurs cours administratives d'appel dans le ressort de chaque province ainsi que dans la ville de Kinshasa²²⁴. Chaque cour administrative d'appel comprend une section contentieuse subdivisée en chambres dans lequel sont traitées toutes les matières contentieuses²²⁵. Cette section est compétente pour connaître, au second degré, de l'appel des jugements et ordonnances rendus par les tribunaux administratifs ainsi que de l'appel des décisions prises par des organes disciplinaires des provinces, des organismes publics ou des ordres professionnels provinciaux et locaux²²⁶. Elle connaît, au premier degré, des recours en annulation, pour violation de la loi, de l'édit et du règlement, formés contre les actes, règlements ou décisions des autorités administratives provinciales et des organismes publics placés sous leur tutelle ainsi que des organes provinciaux des ordres professionnels²²⁷. Elle se prononce soit en suspension, soit en annulation desdits actes²²⁸. Elle connaît également, au premier degré,

²¹⁸ Art. 88, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²¹⁹ Art. 89, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²²⁰ P-A. JEAN GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, Op.Cit., p. 66.

²²¹ *Ibidem*.

²²² Art. 3, Loi n° 16-001 du 3 mai 2016, préc.

²²³ BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif*, Op.Cit., p. 103.

²²⁴ Art. 60, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²²⁵ Art. 96, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²²⁶ Art. 97, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²²⁷ Art. 98, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²²⁸ Art. 99, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

du contentieux des élections des députés provinciaux, des gouverneurs et vice-gouverneurs de province²²⁹. Elle connaît en outre, en premier et dernier ressort, des recours introduits, sur réclamation du contribuable, contre les décisions prises par l'administration fiscale du pouvoir central qui ne donnent pas entière satisfaction à l'intéressé²³⁰.

Une autorité locale fait référence à une entité administrative qui exerce des pouvoirs à un niveau plus proche des citoyens²³¹. Elle est responsable de la gestion des services publics et du développement au niveau local²³². Dans notre pays le pouvoir local fait allusion: aux maires des villes, aux bourgmestres des communes, aux chefs des secteurs et des chefferies²³³. Ces autorités représentent l'Etat au niveau local et pose des actes qui peuvent faire l'objet d'un contentieux administratif.

La loi crée un ou plusieurs tribunaux administratifs dans la ville de Kinshasa, dans chaque ville et dans chaque territoire.²³⁴ Toutefois, il peut être créé un seul tribunal administratif pour deux ou plusieurs territoires²³⁵. Chaque tribunal administratif comprend une section du contentieux subdivisée en chambres dans lequel sont traitées toutes les matières contentieuses²³⁶. Cette section est compétente pour connaître des recours en annulation, pour violation de la Constitution, du traité dûment ratifié, de la loi, de l'édit et du règlement, formés contre les actes, règlements ou décisions des autorités du territoire, de la ville, de la commune, du secteur ou de la chefferie ainsi que contre ceux des organismes publics placés sous leur tutelle²³⁷. Elle se prononce soit en suspension, soit en annulation desdits actes, règlements ou décisions²³⁸. Et elle connaît du contentieux relatif aux marchés et travaux publics, à l'expropriation pour cause d'utilité publique et aux réquisitions²³⁹. Elle connaît aussi du contentieux fiscal de son ressort; à ce titre, toute contestation au sujet de la validité et de

²²⁹ Art. 100, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²³⁰ Art. 101, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²³¹ P-A. JEAN GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, Op.Cit., p. 12.

²³² *Ibidem*.

²³³ Art. 4, Loi n° 16-001 du 3 mai 2016, préc.

²³⁴ Art. 69, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²³⁵ Art. 69, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²³⁶ Art. 104, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²³⁷ Art. 105, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²³⁸ Art. 106, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²³⁹ Art. 107, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

la forme des actes de poursuites en recouvrement des impôts de son ressort relève de sa compétence²⁴⁰. Cette section connaît du contentieux des élections urbaines, communales et locales ; et de tout autre contentieux administratif, dont la connaissance n'aura pas été expressément attribuée à une autre juridiction administrative²⁴¹.

Les actions en responsabilité, fondées sur une cause autre que la méconnaissance d'un contrat ou d'un quasi-contrat et dirigées contre l'État, les autres personnes publiques ou les organismes privés gérant un service public, relèvent de la section du contentieux du tribunal administratif du lieu du fait générateur du dommage²⁴². Les tribunaux administratifs connaissent, en premier ressort, des litiges relatifs à la nomination, à l'avancement, à la discipline, aux émoluments, aux rémunérations et aux pensions ou, généralement, de tout litige d'ordre individuel concernant des agents et fonctionnaires du territoire, de la ville, de la commune, du secteur et de la chefferie ainsi que ceux des organismes publics placés sous leur tutelle²⁴³. Les litiges relatifs aux décisions individuelles prises à l'encontre des personnes par les autorités administratives, dans l'exercice de leurs pouvoirs de police, relèvent de la compétence du tribunal administratif du lieu de la résidence des personnes faisant l'objet des décisions attaquées.²⁴⁴ Les litiges relatifs aux marchés et travaux publics, concessions, contrats ou quasi-contrats administratifs impliquant les autorités locales, relèvent de la compétence du tribunal administratif dans le ressort duquel ces marchés, concessions, contrats ou quasi-contrats sont exécutés²⁴⁵.

Toutes les juridictions administratives sont saisies soit par requête des parties, soit par les réquisitoires du Ministère public près les juridictions concernées et toutes les requêtes des parties sont introduites dans l'intérêt personnel de celles-ci²⁴⁶. Elles contiennent l'identité et l'adresse des parties, l'exposé des faits et des moyens ainsi que les conclusions²⁴⁷. Les requêtes des parties sont accompagnées de la copie de l'acte,

²⁴⁰ Art. 108, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²⁴¹ Art. 109, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²⁴² Art. 110, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²⁴³ Art. 111, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²⁴⁴ Art. 112, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²⁴⁵ Art. 113, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²⁴⁶ Art. 114, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²⁴⁷ Art. 115, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

du règlement ou de la décision administrative attaquée ainsi que de la preuve du dépôt du recours administratif préalable²⁴⁸.

§2. Mécanismes alternatifs

De la saisine des juridictions de l'ordre administratif à la clôture des débats, les parties peuvent toujours obtenir du juge administratif, un arrangement à l'amiable de leurs différends, à travers la procédure d'arbitrage qui comprend la médiation (A) et la conciliation (B)²⁴⁹.

A. Médiation comme mécanisme alternatif des différends

La médiation est une procédure de règlement des conflits qui consiste à trouver une solution à l'amiable²⁵⁰. Elle permet aux parties en conflit de recourir à un tiers, le médiateur, pour que celui-ci leur propose une solution au litige qui les opposent²⁵¹. Pour permettre aux parties de relativiser les risques et d'éviter de se placer toutes seules en rupture d'égalité devant la loi, le législateur leur offre désormais la possibilité de se raviser, par la procédure spéciale de médiation devant le juge administratif²⁵². La médiation est un mécanisme alternatif de règlements de différends. Les juridictions administratives peuvent, à la demande des parties, recourir à la médiation avant de statuer au fond de litiges dont elles sont saisies²⁵³. Le médiateur apparaît ainsi comme disposant de beaucoup plus de pouvoir que le conciliateur²⁵⁴. En effet, son rôle, à la différence de celui du conciliateur, ne se limite pas au rapprochement des parties. Il a un rôle plus actif dans ce sens qu'il peut faire des propositions aux parties. Si celles-ci les acceptent, ces propositions deviennent alors obligatoires à leur égard²⁵⁵.

Il peut arriver qu'un mauvais fonctionnement de l'Administration n'ait pas permis un traitement approprié d'une réclamation préalable du requérant²⁵⁶. De même, un mal procédé peut représenter, pour les parties, des risques évidents d'irrecevabilité

²⁴⁸ Art. 116, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²⁴⁹ BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif*, Op.Cit., p. 82.

²⁵⁰ C. PUIGELIER, *Dictionnaire juridique*, Op.Cit., p. 776.

²⁵¹ A. KAHISHA MUNEMEKA, *Précis de droit judiciaire privé*, CCEF-OHADA, Kinshasa, 2015, p. 307.

²⁵² Art. 277, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²⁵³ BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif*, Op.Cit., p. 84.

²⁵⁴ *Ibidem*.

²⁵⁵ *Ibidem*.

²⁵⁶ BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif*, Op.Cit., p. 83.

de la procédure engagée devant le juge administratif²⁵⁷. La médiation se déroule dans un délai de trois mois à compter du jour de l'introduction de la requête²⁵⁸. Dans ce cas, l'arrangement intervenu entre parties est constaté et coulé dans une décision d'expédient²⁵⁹.

B. Conciliation comme mode alternatif de règlement des différends

La conciliation est un accord destiné à mettre fin à un litige²⁶⁰. C'est un mode de règlement des différends qui consiste, pour les parties, à trouver une solution amiable à leur litige en recourant à des négociations directes, avec ou sans l'intervention d'un tiers²⁶¹. La conciliation est un mécanisme alternatif de règlements de différends²⁶². Les juridictions administratives peuvent, à la demande des parties, recourir à la conciliation avant de statuer au fond de litiges dont elles sont saisies²⁶³.

Lorsqu'on recourt à un tiers conciliateur, le rôle de ce dernier se borne à rapprocher les parties pour leur permettre d'entamer des négociations directes. Ce rôle en effet, se limite à fournir un cadre de négociation, à favoriser celle-ci. Le tiers conciliateur n'a ainsi aucun pouvoir sur les parties, lesquelles restent maîtresses de la négociation²⁶⁴. La médiation se déroule dans un délai de trois mois à compter du jour de l'introduction de la requête²⁶⁵. Dans ce cas, l'arrangement intervenu entre parties est constaté et coulé dans une décision d'expédient²⁶⁶.

Section 2 : Mécanisme particulier de règlement des litiges des marchés publics

Les procédures de passation, de gestion et d'exécution des marchés publics peuvent être entachées d'irrégularités et des violations des dispositions légales compromettants du coup la satisfaction de l'intérêt général²⁶⁷. Le contentieux qui en

²⁵⁷ BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif*, Op.Cit., p. 83.

²⁵⁸ *Idem*, p. 84.

²⁵⁹ BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif*, Op.Cit., p. 84.

²⁶⁰ C. PUIGELIER, *Dictionnaire juridique*, Op.Cit., p. 250.

²⁶¹ A. KAHISHA MUNEMEKA, *Précis de droit judiciaire privé*, CCEF-OHADA, Op.Cit., p. 307.

²⁶² Art. 277, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

²⁶³ BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif*, Op.Cit., p. 84.

²⁶⁴ *Ibidem*.

²⁶⁵ BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif*, Op.Cit., p. 84.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ J-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés*, Op.Cit., p. 143.

résulte est provoqué par le non-respect des règles relatives à l'attribution du marché, mais également à son exécution²⁶⁸. Le contentieux des marchés publics présente plusieurs caractéristiques²⁶⁹. Il est objectif²⁷⁰, contradictoire²⁷¹ et surtout fondé sur pièces²⁷².

Comme dans le contentieux administratif général, le contentieux administratif des marchés publics comprend deux phases : une phase pré juridictionnelle et une autre administrative²⁷³.

Nous allons l'un après l'autre aborder les règles générales applicables au contentieux des marchés publics (A) ; et les règles spécifiques au règlement des litiges des marchés publics (B).

§1. Règles communes du contentieux administratif applicables à la résolution des marchés publics

Sans différenciation de l'objet ou de la nature du marché, certaines règles s'appliquent à tous différends des marchés publics²⁷⁴. Nous pouvons pour cela faire

²⁶⁸ J-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés*, Op.Cit., p. 143.

²⁶⁹ *Ibidem*.

²⁷⁰ Sauf lorsqu'il porte sur la pénalisation de certains actes, le contentieux des marchés publics ne concerne pas les personnes, mais plutôt des actes découlant de l'organisation et la gestion de la commande publique. A l'instar de tout juge, celui du contentieux ne doit, en principe, statuer que dans les limites des conclusions et réclamations qui lui sont présentées. Il a, cependant, le devoir de réunir en vue d'une décision objective des éléments d'investigation indispensables.

²⁷¹ Le contentieux est contradictoire en ce que les parties ou leurs mandataires sont autorisés à présenter leurs moyens de défense. Même si le ministère d'avocat n'est pas obligatoire, la signification des actes de procédure aux parties, ainsi que leur comparution devant l'organe de contrôle est un gage de crédibilité du processus. Il est également écrit, le législateur ayant organisé l'échange entre parties des pièces et conclusions et l'institution du mémoire en réponse. Ce contentieux est, enfin, gratuit et secret, aucun frais n'est exigé du requérant ou de son mandataire pour l'accomplissement de tout acte de procédure ou devoir d'instruction. Si l'instruction du dossier est publique, le délibéré ne l'est pas.

²⁷² Le contentieux sur la commande publique porte essentiellement sur les pièces produites à l'appui d'une requête et leur authenticité, la simple dénonciation ne suffit pas. A l'exception de l'autorité contractante et de celles exerçant le pouvoir d'attribution définitive du marché public ou de la délégation de service public, toute contestation se rapportant à la passation et l'attribution du marché doit être écrite et fondée sur des preuves. Aucune réclamation fondée sur des simples soupçons ni aucune production d'un projet de décision non signée par l'autorité compétente n'est admise. Une pièce produite en photocopie libre ne fait foi qu'au cas où elle n'est pas contestée. S'agissant de l'absence d'exécution, de l'exécution insuffisante ou imparfaite du marché, la dénonciation doit être appuyée sur des faits précis et vérifiables, mais pas seulement des intentions révélées. Il appartient à celui qui allègue une irrégularité d'en apporter la preuve ; celle-ci pouvant être administrée par tous les moyens de droit et, notamment par la production en original ou en copie certifiée conforme à l'original de la décision attaquée.

²⁷³ BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif*, Op.Cit., p. 77.

²⁷⁴ Qu'il soit un marché des travaux, des fournitures des biens ou des services et des prestations intellectuelles.

mention des certains préalables à la saisine du juge administratif (A), qui doivent être respectés avant de porter le différend devant le juge (B).

A. Recours préalables à la saisine du juge administratif

Le règlement des litiges administratifs des marchés publics par le juge est soumis au principe de réclamation administrative obligatoire, exercée devant l'auteur de l'acte contesté attribuant ou exécutant le marché, avant la saisine du juge compétent²⁷⁵. La réclamation administrative obligatoire et préalable au procès administratif s'impose pour tous recours contentieux devant le juge administratif.

La phase administrative ou pré juridictionnelle est celle dans laquelle le requérant bien avant de saisir le juge administratif, saisi en premier l'autorité ayant pris l'acte d'attribution ou d'exécution du marché pour espérer le changement ou la rectification de la décision. Ce qu'on appelle recours gracieux (1). Et si dans le premier cas il n'a pas obtenu gain de cause il peut user de la deuxième possibilité auprès de l'autorité hiérarchiquement supérieure en l'occurrence pour les marchés publics l'ARMP. Ce qu'on appelle recours hiérarchique (2).

1. Recours gracieux

L'irrégularité constatée dans la procédure de passation du marché public est portée à la connaissance de l'autorité contractante ou la personne responsable du marché²⁷⁶. Cette dernière peut, le cas échéant, rapporter ou réviser sa décision²⁷⁷. L'absence de contestation permet à l'autorité contractante de demander, par un bon d'engagement qu'elle signe, le paiement par l'autorité approbatrice du marché attribué²⁷⁸. Dans le cas contraire, sa décision est déférée à l'autorité de tutelle.

Les délais de recours gracieux varient selon que la réclamation survient avant ou après l'attribution du marché. Avant l'attribution du marché, le recours est, à peine d'irrecevabilité, introduit dans les dix jours ouvrables précédant la date limite fixée pour le dépôt des candidatures ou des soumissionnaires²⁷⁹. Lorsque le marché est

²⁷⁵ Art. 73, Loi n°10/010 du 27 avril 2010, préc.

²⁷⁶ J-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés*, Op.Cit., p. 145.

²⁷⁷ *Ibidem*.

²⁷⁸ J-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés*, Op.Cit., p. 145.

²⁷⁹ Art. 74, Loi n°10/010 du 27 avril 2010, préc.

attribué et notifié, ce délai est de cinq jours ouvrables à compter de la publication de la décision d'attribution provisoire²⁸⁰. Il court jusqu'à son épuisement et suspend l'attribution définitive²⁸¹. Dans l'une ou l'autre hypothèse, le requérant est tenu d'observer ces délais préfix qui ne sont susceptibles d'aucune interruption ni suspension, le non-respect conduisant au rejet du recours²⁸². Saisie d'un recours gracieux, l'autorité contractante à cinq jours pour y donner suite. Son silence est assimilé au rejet implicite du recours et ouvre la voie au recours hiérarchique devant l'Autorité de régulation des marchés publics²⁸³.

Les comportements susceptibles de faire l'objet de recours portent essentiellement sur les conditions de publication des avis, les règles relatives à la participation des candidats, aux capacités et garanties exigées, à la composition de la commission de passation des marchés publics et la non-conformité de documents d'appel d'offres, le mode de passation et procédure de sélection retenue non conforme, la non-conformité des documents d'appel d'offres à la réglementation, la modification des critères et des méthodes d'évaluation et le refus d'appliquer les décisions ou avis du comité de règlement des différends²⁸⁴.

2. Recours hiérarchique

Le recours hiérarchique est celui porté devant l'autorité immédiatement supérieure à celle qui a pris la décision attaquée²⁸⁵. Dans le domaine de la commande publique, l'autorité hiérarchique n'est pas toujours celle immédiatement supérieure à l'autorité contractante²⁸⁶. Exercé au sein de l'Autorité de régulation des marchés publics, le contrôle hiérarchique est assuré par le comité de règlement des différends qui contrôle toutes les décisions de passation et d'attribution provisoire des marchés publics et des délégations de service public²⁸⁷. Il importe de noter que toute contestation d'attribution provisoire du marché en suspend l'attribution définitive, sauf si l'autorité contractante

²⁸⁰ Art. 74, Loi n°10/010 du 27 avril 2010, préc.

²⁸¹ J-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés*, Op.Cit., p. 147.

²⁸² *Ibidem*.

²⁸³ Art. 147, Décret n°23/12 du 3 mars 2023, préc.

²⁸⁴ Art. 144, Décret n°23/12 du 3 mars 2023, préc.

²⁸⁵ J-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés*, Op.Cit., p. 148.

²⁸⁶ *Ibidem*.

²⁸⁷ Art. 148, Décret n°23/12 du 3 mars 2023, préc.

justifie l'état de nécessité tenant à la protection des intérêts essentiels de l'État ou la force majeure, auquel cas, la suspension est différée²⁸⁸.

Tel qu'organisé, ce contrôle est différent de celui ordonné en droit administratif. À la différence de celui-ci, la tutelle dans le domaine des marchés publics fait priver d'effet coercitif la décision de l'organe de contrôle ; la décision entreprise n'étant pas annulée, elle est simplement suspendue et, éventuellement, corrigée au bénéfice de la victime²⁸⁹. Le recours gracieux non concluant donne droit à la victime de saisir, dans les trois jours ouvrables à compter de la réception de la réponse de l'Autorité contractante ou cinq jours de silence au recours gracieux, le comité de règlement de différends de l'autorité de régulation des marchés publics. Celui-ci se prononce dans le délai de quinze jours ouvrables à compter de la réception du recours, à défaut, la suspension d'attribution du marché est d'office levée²⁹⁰.

Aux fins de sa recevabilité par le comité de règlement de différends, le recours doit porter la marque de mémoire rédigé sous forme d'une lettre recommandée avec accusé de réception, ou déposée contre récépissé²⁹¹. L'envoi par voie électronique est également autorisé²⁹². Dans la préparation de son dossier, le requérant doit joindre à sa demande toutes les pièces jugées nécessaires y compris la décision attaquée et, éventuellement la réponse négative de l'autorité contractante ou, à tout le moins, la preuve du dépôt devant elle d'un recours préalable²⁹³.

Au niveau de l'Autorité de régulation des marchés publics, la procédure est contradictoire parce qu'elle autorise l'audition de la personne responsable du marché ou toute autre personne désignée à cette fin par l'autorité contractante et, éventuellement sa confrontation avec le requérant²⁹⁴. On gardera à l'esprit qu'une réclamation portée devant l'autorité contractante au sujet de l'attribution provisoire du marché en suspend

²⁸⁸ Art. 148, Décret n°23/12 du 3 mars 2023, préc.

²⁸⁹ Art. 148, Décret n°23/12 du 3 mars 2023, préc.

²⁹⁰ CSJ, 14 juin 2014, RA 1401, Aff. Sté WEBB FONTAINE GROUP FZ-LLC c/ RDC, Cinquième feuillet, inédit
« Pour avoir été rendue au-delà du délai réglementaire, la décision du comité de règlement de différends de l'Autorité de régulation des marchés publics a été rejetée par la juridiction compétente ».

²⁹¹ J-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés*, Op.Cit., p. 151.

²⁹² *Ibidem*.

²⁹³ *Ibidem*.

²⁹⁴ J-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés*, Op.Cit., p. 152.

l'attribution définitive, de même, le recours introduit auprès de l'autorité de régulation des marchés publics entrave toute saisine de la juridiction compétente ²⁹⁵. Indépendamment du recours juridictionnel éventuel, la décision du comité de règlement des différends clos la procédure d'attribution définitive du marché.

B. Recours devant le juge administratif

Juge de la légalité, le juge administratif s'assure de la conformité à la loi des décisions des personnes revêtues de la puissance publique et, plus généralement, celles des autorités administratives²⁹⁶. Il en mesure et apprécie la proportionnalité et, dans le cadre du contrat administratif, celle des actes détachables²⁹⁷. La légalité administrative est de portée générale, elle impose la conformité à la loi des actes administratifs, mais également celle des actes des autorités inférieures à ceux du rang supérieur²⁹⁸. Prononcée par le juge, la sanction aboutit, soit à l'annulation de l'acte incriminé, soit à la condamnation de son auteur à la réparation du préjudice causé²⁹⁹. Juge de pleine juridiction et d'excès du pouvoir, le juge administratif poursuit le respect par l'administration de la hiérarchie des normes, la validité du contrat ou de certaines de ses clauses qui en sont divisibles et assorties, le cas échéant, de demande indemnitaire³⁰⁰. Le juge administratif étant saisi par requête des parties (A), cette dernière doit respecter certaines mentions substantielles (B) pour sa validité.

1. Saisine du juge : Requête

Par saisine il faut entendre le fait de recourir à une juridiction afin de lui soumettre un litige en vue de la résolution de celui-ci³⁰¹. La juridiction administrative est saisie soit par requête des parties, soit par réquisitoire du Ministère public près la juridiction concernée³⁰². Toute requête des parties est introduite dans l'intérêt personnel de celles-ci³⁰³. Elle est accompagnée de la copie de l'acte, du règlement ou de la décision

²⁹⁵ Art. 149, Décret n°23/12 du 3 mars 2023, préc.

²⁹⁶ J.-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés*, Op.Cit., p. 179.

²⁹⁷ *Ibidem*.

²⁹⁸ J.-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés*, Op.Cit., p. 179.

²⁹⁹ C. LAJOYE, *Droit des marchés publics*, Op.Cit., p. 329.

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ S. BRAUDO, *Dictionnaire du droit privé*, Erudit, Paris, 2007, p. 112.

³⁰² Art. 134, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

³⁰³ Art. 135, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

administrative attaquée ainsi que de la preuve du dépôt du recours administratif préalable³⁰⁴.

Saisie par requête du 5 mars 2014 de la société de droit libanais dénommée WEBB Fontaine Group FZ-LLC sollicitant l'annulation, pour violation de la loi relative aux marchés publics, de la décision du ministre de l'économie et du commerce³⁰⁵ attribuant, sans juste motif, le contrat relatif à la mise en place et la gestion d'un guichet unique du commerce au Groupe BIVAC-SOGET, la Cour suprême de justice, section administrative, siégeant comme Conseil d'État a, en date du 13 juin 2014, rendu l'arrêt RA 1401 décrétant, pour inexistence de la décision attaquée, l'irrecevabilité de la demande³⁰⁶. Elle relève que, contre la décision d'attribution provisoire du marché public, un recours gracieux non concluant a été introduit auprès de l'autorité contractante, puis de tutelle, la réclamation initiée a été rejetée, l'auteur s'étend résolu de porter l'affaire devant le comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics dont la décision est intervenue en dehors du délai exigé ; ouvrant ainsi la voie à l'attribution définitive du marché par l'autorité compétente³⁰⁷. En l'absence, toute fois, de la preuve de notification personnelle de la décision d'attribution définitive du marché par l'autorité compétente, en l'espèce le premier ministre, le juge a rejeté la requête formulée contre la décision du ministre de l'économie et du commerce³⁰⁸.

2. Mentions substantielle de la requête

On entend par mentions substantielles les informations essentielles qui doivent être incluses dans une requête pour qu'elle soit considérée comme valide³⁰⁹. Les mentions substantielles d'une requête portent sur les éléments fondamentaux comme l'identité, l'adresse des parties, l'exposé des faits et des moyens ainsi que les conclusions.³¹⁰

³⁰⁴ Art. 135, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

³⁰⁵ Contenue dans un communiqué de presse n°43/10/13 de la réunion de la troïka stratégique du dimanche 6 octobre 2013.

³⁰⁶ J.-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés*, Op.Cit., p. 178.

³⁰⁷ *Ibidem*.

³⁰⁸ *Ibidem*.

³⁰⁹ S. BRAUDO, *Dictionnaire du droit privé*, Op.Cit., p. 160.

³¹⁰ *Ibidem*.

L'identification des parties est cruciale car elle permet de connaître le requérant, le défendeur ainsi que leurs adresses³¹¹. La requête doit exposer clairement ce qui est demandé à la juridiction administrative³¹². Une description détaillée des faits qui fondent la demande est nécessaire pour permettre de comprendre le contexte et les motifs de la requête³¹³. Une requête qui ne respecte pas ces mentions substantielles peut entraîner l'irrecevabilité de la demande³¹⁴.

§2. Règles spécifiques au règlement des litiges de marchés publics

Les litiges des marchés publics se passent dans deux phases³¹⁵. La phase précontractuelle ou celle d'avant l'attribution du marché (A) et la phase post-contractuelle ou celle d'exécution du marché (B).

A. Contentieux précontractuel

Le contentieux précontractuel fait référence aux litiges qui surviennent avant la conclusion d'un contrat dans le cadre des marchés publics³¹⁶. Dans cette phase de préparation du marché, seuls ceux ayant qualité et intérêt (1) peuvent contester le choix de l'autorité contractante. Mais pour exercer ce droit de contester le choix de l'autorité contractante, certaines conditions sont exigées (2).

1. Qualité et intérêt des parties

Dans le domaine d'attribution du marché, le requérant est soit le candidat, soit le soumissionnaire³¹⁷, éventuellement l'autorité contractante, la loi invoquant à ce sujet la notion de la personne ayant intérêt à agir. Le candidat est une personne physique ou morale qui manifeste un intérêt à un marché public ou une délégation de service public³¹⁸. C'est, également, la personne physique ou morale que l'autorité contractante

³¹¹ J.-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés*, Op.Cit., p. 190.

³¹² La requête du 5 mars 2014 de la société de droit libanais dénommée WEBB Fontaine Group FZ-LLC sollicitant l'annulation, pour violation de la loi relative aux marchés publics, de la décision du ministre de l'économie et du commerce.

³¹³ *Ibidem*.

³¹⁴ Art. 136, Loi n°16-027 du 15 octobre 2016, préc.

³¹⁵ G. KABEYA MUANA KALALA, *Passation des marchés publics, Tome 1, Principes, règles, institutions, procédures, pratiques de passation et contentieux*, Op.Cit., p. 184.

³¹⁶ P. FERRY, *Dictionnaire du droit administratif*, Nostras, Envers, 2012, p. 88.

³¹⁷ Art. 145, Décret n°23/12 du 3 mars 2023, préc.

³¹⁸ J.-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés*, Op.Cit., p. 154.

a retenue pour participer à une procédure de passation de marché public³¹⁹. Cette personne doit figurer sur la liste d'un appel d'offres restreint, d'une consultation restreinte (pour les marchés de travaux, des fournitures et des services courants) ou d'une liste restreinte (pour les marchés des prestations intellectuelles)³²⁰. À la différence du candidat, le soumissionnaire ne se limite pas à la seule manifestation d'intérêt, il dépose, en plus, une offre aux termes d'un acte d'engagement écrit dans lequel il fait connaître ses conditions et s'engage à respecter le cahier des charges applicable. Il est donc qualifié à contester la décision de passation du marché. Représentée par le responsable de l'administration qui organise la commande publique, l'autorité contractante attribue provisoirement le marché, elle demande des avis de non objection et autres dérogations nécessaires³²¹.

Pour autant qu'il justifie un quelconque intérêt sur le marché et notamment sur son inexécution ou son exécution partielle ou insuffisante, le sous-traitant peut, en cas de préjudice, faire valoir ses droits selon les formes et procédures légales en vigueur³²². Le contrôle de l'exécution du marché public est principalement assuré par l'autorité contractante ou le maître d'ouvrage qui, dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, peut s'assurer de l'exécution par le cocontractant de ses prestations contractuelles. En raison de la technicité de certains marchés, leur exécution peut être confiée à une tierce personne, le fonctionnaire dirigeant ou le maître d'œuvre, sans que l'autorité contractante soit privée de son droit de contrôle³²³. Distincte du marché initial, la maîtrise d'œuvre est conclue entre le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre aux termes de laquelle, le premier confie au second la réalisation de tout ou partie de ses services relevant de la définition, l'élaboration, l'exécution et la réception des prestations, objet du marché³²⁴. Il porte sur l'exécution d'un ou plusieurs éléments de la mission confiée au maître d'ouvrage.

³¹⁹ Art. 5, Loi n°10/010 du 27 avril 2010, préc.

³²⁰ G. KABEYA MUANA KALALA, *Passation des marchés publics, Tome 1, Principes, règles, institutions, procédures, pratiques de passation et contentieux*, Op.Cit., p. 182.

³²¹ *Ibidem*.

³²² *Ibidem*.

³²³ L. YUMA BIABA, *Manuel de Droit administratif*, CEDI, Kinshasa, 2012, p. 166.

³²⁴ *Idem*, p. 168.

2. Condition d'exercice de la qualité des parties

Pour exercer la qualité et l'intérêt tel qu'expliquer au premier point les conditions suivantes doivent être respectées : Pour le candidat, il doit être une personne physique ou morale et avoir la capacité juridique³²⁵. Il doit soumettre un dossier de candidature au marché et avoir des capacités professionnelles dans le domaine concerné, et ne doit pas être sous le coup d'une condamnation³²⁶. Pour le contractant ou le soumissionnaire retenu, il doit satisfaire aux conditions requises pour l'exécution du marché, il peut être obligé de fournir une garantie de bonne exécution ou une caution et doit respecter les délais d'exécution du contrat³²⁷. Et enfin, pour l'autorité approbatrice, il doit avoir un pouvoir légal d'engager l'entité, il doit maîtriser les règles et procédures de la commande publique, il doit avoir la capacité d'évaluer les offres soumises de manière objective et respecter les règles de la transparence³²⁸.

B. Contentieux post-contractuel

Le contentieux post-contractuel désigne l'ensemble des litiges auxquels les contrats peuvent donner naissance et les recours dont ils peuvent faire l'objet³²⁹. Une fois signé, le marché public doit être exécuté de bonne foi ; toute inexécution étant constitutive d'un manquement faisant naître un litige³³⁰. Plus qu'un simple règlement du litige né de l'application ou non des stipulations contractuelles, le contentieux porte également sur leur interprétation³³¹.

Dans cette phase d'exécution du contrat, seuls ceux ayant qualité et intérêt (1) peuvent saisir le juge administratif pour l'interprétation ou le respect d'exécution du contrat. Mais pour exercer ces droits de certaines conditions sont exigées (2).

³²⁵ [<https://www.nova-superbot.fr/marchés-publics>] les-conditions-pour-exercer-la-qualité-et-l'intérêt-contentieux-des-marchés-publics (Consulté le 01 juin 2024).

³²⁶ *Ibidem*.

³²⁷ [<https://www.nova-superbot.fr/marchés-publics>] les-conditions-pour-exercer-la-qualité-et-l'intérêt-contentieux-des-marchés-publics (Consulté le 01 juin 2024).

³²⁸ *Ibidem*.

³²⁹ P. FERRY, *Dictionnaire du droit administratif*, Op.Cit., p. 82.

³³⁰ J.-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés*, Op.Cit., p. 150.

³³¹ *Idem*, p. 151.

1. Qualité et intérêt des parties

Le cocontractant parti à l'accord peut introduire, en cas de préjudice subi, une réclamation auprès des instances habilitées à connaître du litige³³². Pour autant qu'il justifie un quelconque intérêt sur le marché et notamment sur son inexécution ou son exécution partielle ou insuffisante, le sous-traitant peut, en cas de préjudice, faire valoir ses droits³³³.

Le contrôle de l'exécution du marché public est principalement assuré par l'autorité contractante ou le maître d'ouvrage qui, dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, peut s'assurer de l'exécution par le cocontractant de ses prestations contractuelles³³⁴. Mais en raison de la technicité de certains marchés, leur exécution peut être confiée à une tierce personne, le fonctionnaire dirigeant³³⁵ ou le maître d'œuvre³³⁶, sans que l'autorité contractante soit privée de son droit de contrôle. Distincte du marché initial, la maîtrise d'œuvre est conclue entre le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre aux termes de laquelle, le premier confie au second la réalisation de tout ou partie de ses services relevant de la définition, l'élaboration, l'exécution et la réception des prestations, objet du marché³³⁷. Il porte sur l'exécution d'un ou plusieurs éléments de la mission confiée au maître d'ouvrage.

A la différence du contentieux d'attribution, celui d'exécution ne rend pas obligatoire la saisine préalable de l'autorité administrative avant la juridiction de jugement³³⁸. Au titre de convergences, on note la possibilité pour le cocontractant ou titulaire du marché d'introduire, à l'instar du soumissionnaire ou du candidat, une réclamation préalable devant l'autorité contractante, celle de saisir l'autorité hiérarchique ou contester la décision de l'autorité contractante auprès de celle de régulation des marchés publics³³⁹.

³³² Art. 75 et 76, Loi n°10/010 du 27 avril 2010, préc.

³³³ Art. 18, Loi n°17/001 du 08 février 2017 fixant les règles applicables à la sous-traitance dans le secteur privé, *In JORDC*, n° spécial, 08 février 2017.

³³⁴ J.-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés*, *Op.Cit.*, p. 154.

³³⁵ L. YUMA BIABA, *Manuel de droit administratif*, *Op.Cit.*, p. 166.

³³⁶ Art. 5 de la Loi relative aux marchés publics.

³³⁷ J.-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés*, *Op.Cit.*, p. 156.

³³⁸ *Idem*, p. 150.

³³⁹ *Idem*, p. 153.

2. Conditions d'exercice de la qualité des parties

Pour exercer la qualité et l'intérêt tel qu'expliquer au premier point les conditions suivantes doivent être respectées : Le cocontractant de l'Administration doit être une personne physique ou morale et avoir la capacité juridique³⁴⁰. Il doit avoir gagné le marché auprès de l'autorité contractante après soumission du dossier de candidature³⁴¹. Il doit satisfaire aux conditions requises pour l'exécution du marché et doit respecter les délais d'exécution du contrat³⁴².

³⁴⁰ [<https://www.nova-superbot.fr/marchés-publics>] les-conditions-pour-exercer-la-qualité-et-l'intérêt-contentieux-des-marchés-publics (Consulté le 01 juin 2024).

³⁴¹ *Ibidem*.

³⁴² *Ibidem*.

CONCLUSION

Pour répondre à la première question de notre problématique, le marché public est un contrat administratif car passé entre l'Administration et les particuliers. Comme tout contrat, le marché public suppose l'existence de rencontre des volontés. En tant que contrat administratif de par sa nature, compte tenu des critères légaux (détermination directe ou indirecte) et jurisprudentiels (la qualité des personnes, l'objet et le contenu du contrat), le marché public permet à l'Administration de se doter des fournitures, des biens et des services et surtout de répondre aux besoins des administrés. Comme analysé au cours de ce travail, la loi reconnaît quatre types de marchés publics (les marchés de travaux, les marchés de fournitures, les marchés de services et les marchés de prestations intellectuelles). Octroyés suivant deux modalités de passation, l'appel d'offre et le gré à gré, les marchés publics sont régis par des principes (la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité des candidats, la transparence des procédures ainsi que la budgétisation des marchés publics) qui doivent être observés dans chaque phase du processus d'achat public car ils constituent la boussole de ces derniers.

Pour répondre à notre deuxième session, étant un contrat, le marché public peut faire naître des litiges relatifs à l'arbitraire exercé pendant la procédure d'attribution ou d'exécution. Ces litiges peuvent être entendus nous l'avons dit, comme des querelles où des contestations suscitées essentiellement par l'action administrative. Mais bien avant de saisir le juge administratif, il y a des prérequis qui doivent être posés. Le recours gracieux et le recours hiérarchique sont ces préalables. Ces deux réalisés ouvrent la voie à la saisine du juge administratif. Le droit administratif positif RD Congolais met en place un ordre des juridictions administratives pour permettre à ceux qui ont subis les abus de l'Administration d'attaquer les décisions administratives. Dans la foulée, même le cocontractant qui ont conclu le contrat de marché public avec l'Administration (le pouvoir central, provincial et local) et qui estime être lésé ont la possibilité de saisir le juge administratif. Les parties dans un contentieux administratif peuvent même pendant la procédure contentieuse demander l'arbitrage du juge pour leurs faciliter la médiation ou la conciliation qui sont des mécanismes alternatifs de règlements des différends.

Enfin, au regard de tout ceci, nous pouvons affirmer que le législateur congolais a mis en place un arsenal juridique éléphantique des lois et des actes réglementaires dans le domaine des marchés publics et des contentieux qui peuvent en découler. Cela permet de rassurer les potentiels cocontractants de l'Administration contre les éventuels abus de l'Administration et favoriser un bon climat des affaires.

BIBLIOGRAPHIE

I. TEXTE CONSTITUTIONNEL

- Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la loi n°11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution, *JO RDC*, 52^{ème} année, n° spécial du 5 février 2011.

II. LÉGISLATION CONGOLAISE

1) Textes législatifs

- Décret du 30 Juillet 1888 des contrats ou des obligations conventionnelles 1888, p. 109, *BO*.
- Loi n°73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des suretés telle que modifiée et complétée par la loi n°80-008 du 18 juillet 1980, *JORDC*.
- Loi n°011/2002 du 29 août 2002 portant code forestier, numéro du 31 août 2002, *JORDC*.
- Loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, numéro spécial, 30 avril 2010, *JORDC*.
- Loi n° 16-001 du 3 mai 2016 *fixant l'organisation et le fonctionnement des services publics du pouvoir central, des provinces et des entités territoriales décentralisées*, 1^{er} juin 2016, n° 11, *JO RDC*.
- Loi n°16-027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, numéro spécial, 18 octobre 2016, *JO RDC*.
- Loi n°17/001 du 08 février 2017 fixant les règles applicables à la sous-traitance dans le secteur privé, n° spécial, Kinshasa, 08 février 2017, *JORDC*.
- Loi n°18/016 du juillet 2018 relative au partenariat public-privé, numéro spécial du 5 avril 2019, *JORDC*.

2) Textes réglementaires

- Décret n°10/21 du 02 juin 2010 portant création, organisation et fonctionnement de l'autorité de régulation des marchés publics.
- Décret n°10/27 du 28 juin 2010 portant création et fonctionnement de la direction générale du contrôle des marchés publics, *JORDC*, n° spécial du 28 juin 2010.
- Décret n°10/32 du 28 décembre 2010 portant création, organisation et fonctionnement de la cellule de gestion des projets et des marchés publics, *JORDC*, numéro du 15 avril 2011, 1^{er} partie n°8, 2010.
- Décret n°23/12 du 3 mars 2023 portant Manuel de procédures des marchés publics, *JORDC*, numéro spécial du 3 mars 2023.
- Décret n°23/12 du 03 mars 2023 portant manuel des procédures des marchés publics.

III. LÉGISLATION INTERNATIONALE ET REGIONALE

- Déclaration universelle des droits de l'homme, Paris, 10 décembre 1948.
- Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage du 23 novembre 2017, numéro spécial du 15 décembre 2017.

IV. JURISPRUDENCE NATIONALE ET ÉTRANGÈRE

1) Jurisprudence congolaise

- CSJ, 14 juin 2014, RA 1401, Aff. Sté WEBB FONTAINE GROUP FZ-LLC c/ RDC, Cinquième feuillet, inédit « Pour avoir été rendue au-delà du délai réglementaire, la décision du comité de règlement de différends de l'Autorité de régulation des marchés publics a été rejetée par la juridiction compétente ».

2) Jurisprudence française

- Conseil d'Etat, Avis du 29 juillet 2002, Sté MAJ Blanchisserie de Patin, AJDA, 2002.
- Conseil d'Etat Français, Communauté d'agglomération de Saint-Etienne métropole, 19 septembre 2007, n° 296192.

V. OUVRAGES

1) Ouvrages généraux

1. ALFREDO P., *Droit de la concurrence*, Chronique, Paris, 2000.
2. BANZELYNO GIANZ B., *Guide de rédaction d'un travail de fin de cycle*, Édition Justou, Kinshasa, 2022.
3. BONGELI YEIKELO ya ATO E., *Sociologie politique ; Perspectives africaines*, L'Harmattan, Paris, 2020.
4. BRAUDO S., *Dictionnaire du droit privé*, Erudit, Paris, 2007.
5. CHATILLON S., *Droit des affaires internationales*, 5^e édition, Vuibert, Paris, 2011.
6. CHRETIEN P. et CHIFFLOT N., *Droit administratif*, 13^e éd. Sirey, Paris, 2012.
7. DUMARAIS B., *Droit public de la régulation économique*, Dalloz, Paris, 2004.
8. FERRY P., *Dictionnaire du droit administratif*, Envers, Nostras, 2012.
9. GAUDETMET Y., *Droit administratif des biens*, 14^e éd., LGDJ – Lextenso, Paris, 2011.
10. GRAWITZ M., *Méthodes des sciences sociales*, 4^{eme} éd. Dalloz, Paris, 1979.
11. JEAN GICQUEL P-A., *Lexique de droit constitutionnel*, PUF, Paris, 2024.
12. KAHISHA MUNEMEKA A., *Précis de droit judiciaire privé*, CCEF-OHADA, Kinshasa, 2015.
13. MBOKO DJ' ANDIMA J-M., *Abrégé de droit administratif*, Médiaspaul, Kinshasa, 2022.
14. MBOKO DJ' ANDIMA J-M., *Principes et usages en matière de rédaction d'un travail universitaire*, Kinshasa, Cadicec, 2004.
15. PUIGELIER C., *Dictionnaire juridique*, Collection paradigme, Editions Larcier, Bruxelles, 2015, p. 284.
16. THON D., *Le fédéralisme africain ses principes et ses règles*, Présence Africaine, Paris, 1972.
17. YUMA BIABA L., *Manuel de Droit administratif*, CEDI, Kinshasa, 2012.

2) Ouvrages spécifiques

1. BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif congolais, Tome 1*, Éditions Academia, Louvain-la-Neuve, 2014.

2. BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif congolais, Tome II*, Éditions Academia, Louvain-la-Neuve, 2017.
3. EMERY C., *Passer un marché public - Principes, procédures et contentieux*, 1^{re} éd. Delmas, Paris, 2001.
4. KABEYA MUANA KALALA G., *Passation des marchés publics, Tome 1, Principes, règles, institutions, procédures, pratiques de passation et contentieux*, éd. Batena Ntambwa, Kinshasa, 2012.
5. LAJOYE C., *Droit des marchés publics*, Lextenso, Caen, 2016.
6. MARIE-CHRISTINE R., *Contentieux administratif*, Lextenso, Paris, 2008.
7. VUDISA J-N., *Initiation à la passation des marchés publics en droit congolais*, Hapert, Pays-Bas, 2002.
18. ZWANG H., *Marché public, règles applicables aux entreprises*, EJA, Paris, 2004.
19. ESAMBO KANGASHE J.-L., *Le droit congolais des marchés*, L'Harmattan, Paris, 2016.
20. MWILANYA WILONDJA N., *Le droit congolais des marchés publics*, L'harmattan, Paris, 2016.
21. [POLET K., *Principes élémentaires du droit des marchés publics*, 2^{ème} Ed, Paris, Larcier, 2021.](#)
22. RICHER L., *Droit des contrats administratifs*, 3^e éd. LGDJ, Paris, 2002.

3) Ouvrages collectifs

1. CHABANOL D. et JOUGELET J., *Le régime juridique des marchés publics*, Collection Analyse juridique, 5^{ème} édition, Paris, 2007.
2. DELFORGE C. et POLET K., *Principes élémentaires du droit des marchés publics*, Larcier, Bruxelles, 2018.
3. MINGASHANG I. et ZEGBEG ZEGS F., *Méthodologie de la recherche et de la rédaction en droit, Tome 1*, Ed., Le Bruylant, Bruxelles, 2022.

4. NDUKUMA ADJAYI K. et DOBO KUMA J., *Guide méthodologique de référence pour recherche et rédaction des écrits universitaires en science sociale et juridique*, Ed., l'Harmattan, Paris, 2023.
5. VEDEL G. et DELVOVE P., *Droit administratif*, 12^e éd, 2 tomes, Paris, 1992.

VI. NOTES DE COURS

1. EL HOUDA LARAOU N., *Techniques de recherche*, cours destinés aux étudiants de L3, Université Frères Mentouri-Constantine1, 2020/2021, p. 35.
2. INGANGE WA INGANGE J-D., *Notes du cours de marchés publics*, L2 droit, UPC, Kinshasa, 2023, p. 15.
3. KPENGLA S., *Cours de méthodologie du droit*, cours destiné aux étudiants de L2, UCC, 2011-2012, p. 20.
4. KUMBU KI NGIMBI, *Législation en matière économique*, Kinshasa, UPC, 2022, p. 42.

VII. AUTRES DOCUMENTS

- DGCMP, *Méthodologie d'évaluation des systèmes de passation des marchés*, MAPS, Kinshasa, 2018, pp. 1-2.
- Contenue dans un communiqué de presse n°43/10/13 de la réunion de la troïka stratégique du dimanche 6 octobre 2013.
- La requête du 5 mars 2014 de la société de droit libanais dénommée WEBB Fontaine Group FZ-LLC sollicitant l'annulation, pour violation de la loi relative aux marchés publics, de la décision du ministre de l'économie et du commerce.

VIII. RESSOURCES EN LIGNE

- [<https://www.actu-juridique.fr/administratif/la-severite-du-juge-administratif-face-au-defaut-dimpartia>] la-sévérité-du-juge-administratif-face-au-défaut-dimpartia (Consulté le 01 juin 2024).
- [[https://www.nova-superbot.fr/marchés-publics/les-conditions-pour-exercer-la-qualité-et-l'intérêt-contentieux-des-marchés-publics](https://www.nova-superbot.fr/marches-publics/les-conditions-pour-exercer-la-qualite-et-l-interet-contentieux-des-marches-publics)] les-conditions-pour-exercer-la-qualité-et-l'intérêt-contentieux-des-marchés-publics (Consulté le 01 juin 2024).
- Direction générale de contrôle des marchés publics : « Besoin en infrastructure », [<https://www.pepelenews.cd/>], (Consulté le 20 juillet 2024).

TABLE DES MATIERES

EPIGRAPHE.....	i
REMERCIEMENTS.....	iv
PRNCIPES, SIGLES, ACRONYMES ET ABRÉVIATIONS.....	v
INTRODUCTION	1
I. PROBLEMATIQUE	1
II. HYPOTHESES	3
III. METHODES ET TECHNIQUES DE RECHERCHE.....	5
A. Méthodes de recherche.....	5
B. Techniques de recherche	6
IV. CHOIX ET INTERET DU SUJET	7
V. DELIMITATION DU SUJET	7
VI. LE PLAN SOMMAIRE.....	8
CHAPITRE 1. NATURE JURIDIQUE ET PRINCIPES FONDAMENTAUX DES MARCHÉS PUBLICS.....	9
Section 1. Nature juridique de marchés publics	9
§1. Marché public : Contrat administratif.....	10
A. Critères formel de qualification	11
B. Critères jurisprudentiel.....	12
§2. Typologie et modalité de passation de marchés publics.....	12
A. Typologie de marchés publics.....	13
1. Marchés de travaux et de fournitures.....	14
2. Marchés de services et de prestations intellectuelles.....	15
B. Modalités de passation de marchés publics	16
1. Passation par appel d'offre	16

2. Passation par gré à gré	18
Section 2. Principes fondamentaux des marchés publics	20
§1. Liberté d'accès à la commande publique et l'égalité de traitement des candidats ..	20
A. Liberté d'accès à la commande publique	21
1. Contenu du principe	21
2. Philosophie du principe.....	22
B. Egalité de traitement des candidats	22
1. Contenu du principe	23
2. Philosophie du principe.....	23
§2. Transparence et budgétisation des marchés publics	25
A. Transparence des procédures des marchés publics	25
1. Contenu du principe	25
B. Budgétisation de la commande publique	28
1. Contenu du principe	28
2. Philosophie du principe.....	29
CHAPITRE 2. REGLEMENT DES CONTENTIEUX DES MARCHES PUBLICS .	30
Section 1. Mécanismes généraux de règlement des contentieux administratifs	30
§1. Mécanismes juridictionnels	31
A. Préalables d'accès au juge administratif	31
1. Recours gracieux	32
2. Recours hiérarchique.....	33
B. Recours devant le juge administratif.....	34
1. Au niveau du pouvoir central.....	35
2. Au niveau provincial et local	37
§2. Mécanismes alternatifs	40

A. Médiation comme mécanisme alternatif des différends	40
B. Conciliation comme mode alternatif de règlement des différends	41
Section 2 : Mécanisme particulier de règlement des litiges des marchés publics	41
§1. Règles communes du contentieux administratif applicables à la résolution des marchés publics.....	42
A. Recours préalables à la saisine du juge administratif	43
1. Recours gracieux	43
2. Recours hiérarchique.....	44
B. Recours devant le juge administratif.....	46
1. Saisine du juge : Requête	46
2. Mentions substantielle de la requête	47
§2. Règles spécifiques au règlement des litiges de marchés publics	48
A. Contentieux précontractuel	48
1. Qualité et intérêt des parties	48
2. Condition d'exercice de la qualité des parties	50
B. Contentieux post-contractuel	50
1. Qualité et intérêt des parties.....	51
2. Conditions d'exercice de la qualité des parties	52
CONCLUSION.....	53
BIBLIOGRAPHIE	55
TABLE DES MATIERES	60