



---

## **Du principe de séparation des organes et des fonctions dans la passation des marchés publics et de ses problèmes en Droit public congolais**

**François KADIMA MUKENDI<sup>1</sup>**

**Université Officielle de Mbuji-Mayi**

---

**Résumé :** L'article intitulé : « Du principe de séparation des organes et des fonctions dans la passation des marchés publics et les problèmes en Droit public congolais », analyse la portée juridique du principe de séparation entre les organes et les fonctions intervenant dans le cycle de passation des marchés publics. L'objectif principal est de vérifier comment ce principe est mis en œuvre en République démocratique du Congo, et d'identifier les difficultés rencontrées par les acteurs publics (administrations contractantes, autorités de contrôle, instances d'évaluation, procédures de recours). L'étude met en évidence que la séparation des organes et des fonctions vise notamment à garantir la transparence, la probité, l'impartialité des décisions et la bonne gestion des fonds publics. Elle réduit les risques de conflits d'intérêts, de captation de la décision et de fraudes liées à la concentration des pouvoirs. Sur le plan du droit positif congolais, l'article examine les mécanismes prévus par la réglementation et la pratique administrative, tout en soulignant des dysfonctionnements persistants. Parmi les problèmes identifiés figurent : la confusion ou le chevauchement des compétences, l'insuffisance des garanties institutionnelles, les difficultés de contrôle effectif, et parfois l'ineffectivité des procédures de sanction ou de recours. En fin, l'étude propose des pistes d'amélioration, notamment le renforcement du cadre normatif, la clarification des compétences des différents intervenants et l'effectivité des mécanismes de contrôle afin de consolider la conformité de la passation des marchés publics aux exigences de l'Etat de Droit en RDC.

**Mots-clés :** Principe, séparation, organes, fonctions, passation des marchés publics, problèmes, Droit public congolais, etc.

**Digital Object Identifier (DOI):** <https://doi.org/10.5281/zenodo.20812353>

---

### **Introduction**

Dans le déroulement de l'activité juridique de l'Administration publique, l'Etat ou ses composantes dispose du pouvoir de poser ou de prendre des actes juridiques dont certains interviennent de manière unilatérale, c'est-à-dire l'Etat n'a pas besoin de faire concourir d'autres personnes à la prise desdits actes mais il les prend lui seul par son initiative ; d'autres actes, pour être valables juridiquement, obligent l'Etat à concourir avec d'autres personnes morales de droit privé ou de Droit public.

---

<sup>1</sup> Chef de Travaux à l'Université Officielle de Mbuji-Mayi, Faculté de Droit, Département de Droit public.

Les premiers actes pris par l'Administration publique elle-même sont appelés des "actes administratifs unilatéraux" et les seconds actes pris moyennant la participation des tiers à l'Administration, sont appelés des contrats administratifs ; lesquels contrats sont de diverses formes. Nous avons entre autres, la délégation des services publics ( contrat de concession de service public, le contrat d'affermage, la régie intéressée tels prévus par l'article 3 de la loi n°18/016 du 09 juillet 2018 relative au partenariat public-privé), et les marchés publics<sup>2</sup> (marchés de travaux, marché de fournitures, marché de services et marché de prestations intellectuelles tels que prévus par l'article 7 de la loi n° 10/010 du 27 Avril 2010 relative aux marchés publics). Dans le cadre de cette réflexion, notre étude est focalisée sur le deuxième aspect de contrats administratifs qu'est le contrat de marchés publics considéré comme l'une des variantes de l'activité juridique de l'Administration publique.

Ainsi, en République Démocratique du Congo, notre pays, l'activité de passation des marchés publics est déployée en tenant compte du respect du principe de spécialisation des fonctions et des organes que l'on peut autrement appeler « Le principe de séparation des pouvoirs et des fonctions » dans le fonctionnement de l'appareil étatique. C'est ce principe que nous décryptons dans le processus de passation des marchés publics en RDC en nous appuyant sur les lois et les règlements édictés par le législateur congolais en la matière. La problématique que suscite cette étude s'articule autour de ces questions : Comment le législateur congolais entend-il lutter contre le cumul des fonctions dans le chef d'une même personne ou d'un même organe dans le processus de passation des marchés publics ? Quels sont les problèmes liés à l'applicabilité effective du principe de séparation des organes et des fonctions des marchés publics ? Quelles pistes de solution pour une gestion efficace et efficiente des marchés publics en République Démocratique du Congo ?

Des réponses anticipatives au questionnement formulé envisageables :

- A la question de savoir comment le législateur congolais entend lutter contre le cumul des fonctions, source de beaucoup d'abus, dans la passation des marchés publics, il a été créé 4 organes (Autorité contractante, Direction de contrôle a priori des marchés publics, autorité de régulation des marchés publics et les autorités compétentes approbatrices) disposant chacun d'une fonction spécifique dans le processus des marchés publics. Ces fonctions sont, selon la loi relative aux marchés publics de 2010, la fonction de gestion-passation des marchés publics, la fonction de contrôle, la fonction de régulation et la fonction d'approbation des marchés publics.
- A la question d'identifier les problèmes liés à l'application du principe de séparation des organes et des fonctions dans la passation des marchés publics, force est de relever notamment l'absence de cellule de gestion des projets et des marchés publics, le manque de formation sérieuse en marchés publics, le manque des sanctions efficaces à l'encontre des récalcitrants, ...
- S'agissant de l'amélioration du secteur des marchés publics, des recommandations et suggestions seront données consécutivement aux problèmes soulevés dans ce travail.

Pour y arriver, nous tenterons de faire comprendre d'abord la notion de marchés publics en Droit congolais (I) en explicitant les principes directeurs des marchés publics et les types de marchés passables en RD Congo, ensuite une étude, consistant à démontrer le principe de séparation des fonctions et des organes, sera étalée en ce qui concerne la passation des marchés publics en RD Congo, ainsi que des problèmes liés à l'applicabilité dudit principe dans nos différents services publics congolais(II) ; enfin, des recommandations(III) seront faites en vue de la passation régulière des marchés publics au sein des services publics surtout ceux personnalisés en RD Congo.

---

<sup>2</sup> MFUAMBA LOBO MUENGA J-C-F, *Leçons de Droit administratif général, légalité et responsabilité*, éditions universitaires africaines, 2018, p.220

## I. Des marchés publics en Droit congolais

### 1. Définition et principes directeurs de marchés publics

#### a. Définition :

Le législateur congolais a pris le soin de définir le marché public. Ainsi, aux termes de l'article 5 de la loi n°10/010 relative aux marchés publics du 27 Avril 2010, le marché public est un 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 <sup>(3)</sup>. De son côté, le Professeur Esambo Kangashe définit le marché public comme une convention passée entre une personne morale de Droit public et une ou plusieurs personnes physiques et/ou morales de droit privé <sup>(4)</sup>. C'est un contrat écrit soumis à des conditions restrictives, a-t-il ajouté. Gérard Cornu <sup>(5)</sup> éclaircit en ce qui concerne la définition du marché public en soutenant que ce dernier est une expression générique englobant les contrats administratifs passés par les collectivités ou établissements publics en vue de la réalisation de travaux ; de la production de fournitures ou de la prestation de services dans des conditions fixées par une réglementation générale. De ces définitions légale et doctrinales de marché public, il ressort quelques éléments indispensables pour la conclusion d'un marché public qui méritent d'être soulignés. Il s'agit de :

- 1) Autorité contractante ;
- 2) Entrepreneur, fournisseur ou prestataire ;
- 3) Contrat écrit ;
- 4) Garantie financière et
- 5) Prix à payer.

Il vaut mieux noter que ces cinq éléments caractéristiques du marché public sont tellement indispensables et constituent la condition sine qua non de telle sorte que si l'un ou l'autre arrivait à manquer, le marché public n'est pas envisageable. En fait, tout marché public exige, pour sa validité, l'existence en premier lieu, d'une **autorité contractante** qui peut être n'importe quel service public, personne publique, qui a des besoins à satisfaire en vue de la réalisation de l'intérêt public. Cette autorité, d'après l'article 1<sup>er</sup> de la loi relative aux marchés publics citée ci-haut, pourrait être l'Etat, les provinces, les entités territoriales décentralisées, les entreprises publiques et les établissements publics, sans oublier certaines personnes morales de droit privé bénéficiant du financement ou de la garantie des personnes morales de Droit public en agissant en leur nom et pour leur compte <sup>(6)</sup>.

La deuxième condition d'existence d'un marché public, c'est la présence d'un **entrepreneur, fournisseur ou prestataire** des services, en face de la personne publique, lesquels sont invités à exécuter des travaux, à apporter des fournitures ou à réaliser des services ou des prestations intellectuelles en faveur de l'autorité contractante. La troisième condition, formellement et impérativement obligatoire, c'est l'existence ou la signature d'un **contrat écrit**. Le marché public comme tous les autres contrats administratifs, doit être un contrat coulé par écrit sous peine de nullité, les contrats verbaux étant formellement prohibés dans l'Administration publique. La quatrième condition, c'est la **capacité financière** que doit prouver le candidat entrepreneur, fournisseur ou prestataire avant de pouvoir espérer une quelconque attribution ou titularisation du marché de la part de l'autorité contractante. Cette capacité financière peut être en outre une garantie de bonne exécution, de l'offre, de parfait achèvement. La première est une garantie financière bancaire ou personnelle constituée en vue d'assurer l'autorité contractante de la bonne réalisation du marché, tant du point de vue technique que du délai d'exécution.

---

<sup>3</sup> Loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, Journal Officiel de la RDC, Numéro spécial du 30 avril 2010.

<sup>4</sup> ESAMBO KANGASHE J-L, *le droit congolais des marchés publics*, Ed. l'Harmattan, 2016, Paris, p 27.

<sup>5</sup> Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2014, Paris, p 642.

<sup>6</sup> Les articles 1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> de la loi relative aux marchés publics.

La seconde, garantie de l'offre, étant un dépôt en espèces ou cautionnement bancaire fait par le soumissionnaire en vue de garantir sa participation à la concurrence jusqu'à l'approbation du marché<sup>(7)</sup>. Ce qu'on évite en exigeant ces garanties financières, c'est d'attribuer le marché à une personne fantaisiste ou aventurière qui s'avérerait incapable d'exécuter le contrat selon les spécifications ou les clauses prévues dans le délai. La cinquième et dernière condition, c'est le *payement du prix* par l'autorité contractante. Le contrat de marché public étant un contrat onéreux et synallagmatique, exige des parties au contrat l'exécution des obligations réciproques et interdépendantes. Dans le cas d'espèce, l'Administration publique (autorité contractante) a l'obligation de payer au titulaire du marché le prix fixé dans le contrat selon les modalités fixées et le titulaire du marché s'oblige d'exécuter le contrat dans le strict respect des clauses contractuelles.

## **b. Des principes directeurs de marchés publics**

L'article 1<sup>er</sup> in fine de la loi relative aux marchés publics énumère les principes directeurs devant régir le processus de passation des marchés publics en République Démocratique du Congo, en disposant que les marchés publics passés dans le respect des règles de jeu : « Ces règles reposent sur les principes de liberté d'accès à la commande publique, de prise en compte de l'expertise et des compétences nationales, d'égalité de traitement des candidats, du respect des règles d'éthique et de transparence dans les procédures y relatives ».

### **1. Le principe de liberté d'accès à la commande publique**

Ce principe de liberté d'accès à la commande publique constitue le socle de la passation des marchés publics à travers les Etats modernes. C'est ainsi qu'écrit à ce sujet le Professeur Jean-Louis Esambo Kangashe<sup>8</sup> que ce principe impose à chaque autorité contractante de donner la possibilité de participer à la concurrence à toute personne remplissant les conditions administratives et techniques requises. L'autorité contractante a l'obligation de faire bénéficier à toute personne intéressée les mêmes chances et opportunités lorsqu'elle se propose en organisant la procédure de commande publique. L'autorité contractante doit s'interdire de limiter l'accès aux informations en rapport avec la passation de marchés publics à une catégorie privilégiée des personnes, sauf lorsque la nature ou l'objet du marché exige techniquement la réunion de certains critères pour l'attribution du marché en définitive.

L'article 5 du Manuel de procédures explique que les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats sont complémentaires et résultent du principe constitutionnel d'égalité des citoyens devant la loi et du principe de libre concurrence. Ces principes reposent sur :

- La possibilité, pour toute personne remplissant les conditions administratives et techniques requises de se porter candidate à un marché public ;
- La possibilité donnée à tout soumissionnaire de pouvoir se plaindre et que ladite plainte soit examinée en toute impartialité selon la législation en vigueur ;
- L'interdiction des dispositions qui, par leurs exigences particulières, écartent certaines catégories de candidats en se fondant sur d'autres considérations que celles des dispositions de la loi relative aux marchés publics<sup>9</sup>.

### **2. Le Principe de prise en compte de l'expertise et des compétences nationales**

Ce principe voudrait que la priorité soit accordée, dans la conclusion des marchés publics, aux personnes ayant l'expérience et l'expertise attestées en rapport avec la nature du marché en vue et que si parmi les potentiels candidats ou soumissionnaires il y a non seulement les entrepreneurs de nationalité congolaise, mais aussi celles étrangères, se trouvant dans les mêmes conditions objectives, le marché doit être attribué aux congolais.

---

<sup>7</sup> Lire l'article 5 de la loi relative aux marchés publics qui donne les définitions des termes utilisés

<sup>8</sup> ESAMBO KANGASHE J-L, *op.cit.*, p.66

<sup>9</sup> Lire à ce sujet les articles 4 à 8 du Décret n°10/22 du 02 juin 2010 portant Manuel de procédures de la loi relative aux marchés public, Journal Officiel de la RD Congo, n° spécial du 14/01/2012.

Car, il faut encourager la lutte contre le chômage et favoriser la main d'œuvre nationale, ce qui est une discrimination légalement positive. Cette position est appuyée par l'article 37 de la loi relative aux marchés publics lorsqu'il dispose : « Lors de la passation d'un marché public, soit par appel d'offres soit de gré à gré, une préférence est accordée à la soumission présentée dans l'ordre suivant par :

- 1) une personne physique de nationalité congolaise ;
- 2) une petite et moyenne entreprise congolaise dont le capital est détenu majoritairement par des personnes physiques de nationalité congolaise ou des personnes morales de Droit congolais ;
- 3) une personne morale de Droit congolais ;
- 4) des groupements d'entreprises associant des entreprises congolaises ou prévoyant une sous-traitance du marché aux nationaux dans les conditions de l'article 59 de la présente loi ;
- 5) une personne physique étrangère ou une personne morale de droit étranger, justifiant d'une activité économique sur le territoire congolais ;
- 6) une personne physique étrangère ou une entreprise de droit étranger, ressortissant d'un État partie avec la République Démocratique du Congo à un traité, un accord ou règlement au terme duquel telle préférence lui est reconnue.

Cette préférence peut également être accordée à certaines catégories d'entreprises faisant l'objet d'une protection sociale résultant de la législation en vigueur. Elle consiste en un abatement sur l'offre financière du soumissionnaire. Dans tous les cas, elle devra être indiquée et quantifiée dans l'appel d'offres ».

### **3. Le Principe d'égalité de traitement des candidats**

Ce principe est le corollaire du principe constitutionnel d'égalité des citoyens devant la loi. Il consiste en ce que tous les candidats voire tous les soumissionnaires sont traités avec égalité devant les mêmes conditions de sélection d'une manière objective et sans parti pris dans le chef de l'autorité contractante. C'est ce que l'article 5 du Manuel de procédures paraphrase en ces termes : « la possibilité donnée à tout soumissionnaire de pouvoir se plaindre et que ladite plainte soit examinée en toute impartialité selon les dispositions de la loi et de ses textes d'application, et l'interdiction des dispositions qui, par leurs exigences particulières, écartent certaines catégories de candidats en se fondant sur d'autres considérations que celles des dispositions de la loi relative aux marchés publics ».

Donc, en accord avec le Professeur Esambo nous affirmons que l'égalité des candidats à la commande publique exige de l'Administration publique non seulement la neutralité et l'impartialité mais aussi l'objectivité à l'égard de tous les soumissionnaires. Dans l'analyse des offres, l'autorité contractante doit mettre toutes les entreprises concurrentes en situation d'égalité au regard des informations nécessaires à l'exécution du marché<sup>10</sup>. Dans le principe d'égalité de traitement des candidats l'on interdit la discrimination d'une catégorie de candidats ou de soumissionnaires au profit d'une autre catégorie. Toutefois, comme l'affirme le Professeur Mfuamba Lobo, ce principe connaît quelque limitation en ce qui concerne les candidats ou soumissionnaires se trouvant dans des situations juridiques différentes vis-à-vis des conditions du marché. Ainsi, l'application des régimes juridiques différents ne viole pas le principe d'égalité de tous les usagers devant les services publics.<sup>2</sup>

### **4. Le Principe du respect des règles d'éthique et de transparence**

Le respect des règles d'éthique dans la gestion de la chose publique est de rigueur. L'éthique professionnelle est définie comme l'ensemble des valeurs morales et des principes déontologiques qui guident le comportement, les attitudes et les agissements de l'Agent public de l'Etat dans l'exercice de ses fonctions ou de son mandat. Cette éthique se témoigne notamment par le dévouement, la ponctualité, la rigueur, la responsabilité, l'honnêteté, l'intégrité, l'équité, la dignité, l'impartialité, la loyauté, le civisme, la courtoisie et le devoir de réserve dans ses relations aussi bien avec ses supérieurs, ses collègues et ses collaborateurs qu'avec le public.<sup>(1)</sup> Les agents publics

---

<sup>10</sup> ESAMBO KANGESHE J-L, *op.cit.*, p.67

agissant au nom et pour le compte de l'autorité contractante, personne publique, sont obligés de faire montre de toutes ces valeurs morales énumérées ci-haut dans le traitement des dossiers de marché public, faute de quoi, ils s'exposent à des conséquences fâcheuses incalculables d'ordre administratif, judiciaire et pénal<sup>(2)</sup>. Quant au principe de transparence, il sied de noter que ce principe revêt un certain nombre d'exigences. Nous avons entre autres l'exigence de la publicité de tous les actes de procédures de marchés publics, la demande des avis de non objection, de dérogation et des autorisations spéciales auprès des services compétents chargés du contrôle a priori et du contrôle a posteriori et même la publication des décisions en commençant par l'élaboration du plan de passation des marchés publics, l'avis d'appel d'offres, l'attribution provisoire et l'attribution définitive du marché.

Le principe de transparence exige, en plus du caractère publicitaire, de la communication et de la notification, le respect de délais de procédures de marchés publics. La transparence exige, en outre, que les séances d'ouverture des offres soient faites publiquement en présence de tous les soumissionnaires afin de garantir suffisamment les droits de chacun. Cette exigence est prévue à l'article 89 du Manuel de procédures lorsqu'il dispose : « La séance d'ouverture des plis est publique. Elle a lieu immédiatement après l'heure de la clôture de remise des offres fixée dans l'appel d'offres ou au plus tard une heure après cette heure limite. De ce fait le président de la commission de passation des marchés doit veiller à :

- a. la convocation par écrit, des membres de la commission de passation des marchés et désignation des membres de la sous-commission d'analyse, cinq jours ouvrables avant la date d'ouverture des plis ;
- b. la présence des candidats qui le souhaitent et le cas échéant, des organismes de financement ou leurs représentants si les textes qui les régissent le permettent ;
- c. l'ouverture des plis par la personne responsable du marché à la date et à l'heure fixées et au lieu indiqué dans le dossier d'appel d'offres ;
- d. l'ouverture et lecture des soumissions contenues dans les enveloppes intérieures marquées « Original » et annonce à haute et intelligible voix :
  - du nom du candidat ;
  - d'une éventuelle modification ;
  - du prix de l'offre (avec mention des rabais ou variante) ;
  - de l'existence d'une garantie d'offre ;
  - de tout autre détail utile ».

En vertu de ce principe, l'autorité publique 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 et les critères d'attribution du marché<sup>(3)</sup>. En bref, le manque d'observance des principes expliqués ci-haut peut entraîner l'annulation ou la nullité des procédures de marchés publics, ainsi déclaré à l'article 34 de la loi relative aux marchés publics en ce qui concerne l'absence de publicité.

## **I.2. Types de marchés et modes de conclusion des marchés**

### **I.2.1. Types de marchés publics**

En Droit congolais des marchés publics, il existe quatre types de marchés. Ces quatre types de marchés sont énumérés à l'article 7 de la loi relative aux marchés publics, à savoir les marchés de travaux, les marchés de fournitures, les marchés de services et les marchés de prestations intellectuelles.

---

<sup>(2)</sup> Lire les articles 1<sup>ers</sup> à 6 du code de conduite de l'Agent public de l'Etat Décret – loi n°017/2002 du 03/10/2022

<sup>(3)</sup> ESAMBO KANGASHE J-L, *op.cit.*, pp. 69 à 70.

#### **a. Les marchés de travaux**

Selon l'article 8 de la loi, 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'ouvrages de toute nature. Les marchés de travaux sont nombreux à l'heure actuelle, la construction des bâtiments (hôpitaux, écoles, universités, bureaux administratifs), la construction des ponts, travaux de routes, travaux des aéroports, travaux de barrages, travaux d'électrification, travaux d'adduction d'eau. En plus de ces divers travaux proprement dits, font partie de marchés de travaux la réfection ou la réhabilitation des bâtiments existants, de routes, des aéroports etc...

La jurisprudence française<sup>(1)</sup> considère deux critères de qualification des marchés de travaux publics, à savoir : le critère obligatoire et les critères alternatifs. Le premier critère est que les travaux publics sont nécessairement des travaux immobiliers, c'est – à – dire ceux qui portent sur un immeuble au sens juridique du terme. Les deux critères alternatifs :

- ✓ Les travaux publics immobiliers seront exécutés pour le compte d'une personne publique ;
- ✓ Les travaux publics immobiliers seront exécutés pour le compte d'une personne privée dans le cadre d'un compte de service public.

#### **b. Les marchés de fournitures**

L'article 9 de la loi relative aux marchés publics définit les fournitures comme tout ce qui concerne l'achat, la prise en crédit–bail, la location–vente de produits ou matériels au bénéfice de l'autorité contractante. Ce type de marchés se rapporte aux acquisitions de toutes sortes portant sur les biens mobiliers contrairement au marché de travaux. Nous pouvons citer à titre exemplatif, les achats de matériels roulants, volants ou flottants, les achats des fournitures de bureau, des biens meublants, des kits informatiques...

#### **c. Les marchés de services**

L'article 10 de la loi considère ce type de marchés comme ceux ayant pour objet la réalisation des prestations qui ne peuvent être qualifiés ni de travaux ni de fournitures. Ils recouvrent les services courants comme le transport, l'entretien, la maintenance des équipements, des installations et des matériels, le nettoyage, le gardiennage des locaux administratifs, le jardinage.

#### **d. Les marchés de prestations intellectuelles**

Ce type de marchés, comme l'article 11 de la loi le définit, se rapporte à des prestations à caractère principalement intellectuel. Il peut s'agir des contrats de maîtrise d'ouvrage délégué, les contrats de conduite d'opérations, de maîtrise d'œuvre, de service d'assistance technique, voire le marché d'études comportant, le cas échéant, des obligations spécifiques liés à la notion de propriété intellectuelle.

### **2.2. Modes de conclusion des marchés**

L'article 17 de la loi relative aux marchés publics dispose, par rapport aux modalités de passation des marchés publics que ces derniers sont passés par appel d'offres. Ils peuvent être exceptionnellement attribués selon la procédure de gré à gré dans les conditions définies par la loi. On peut déduire de cette disposition légale deux modes de conclusion de marchés publics, à savoir : l'appel d'offres et le gré à gré. L'appel d'offres, étant la règle, est la procédure par laquelle l'autorité contractante choisit, sans négociation avec les candidats, l'offre économiquement la plus avantageuse, évaluée sur la base des critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats et exprimés en termes monétaires.<sup>(1)</sup>

---

<sup>(1)</sup> Patricia Grelier Wyckoff, *Le mémento des branches publics de travaux*, Eyrolles, 2008, Paris, pp.89-90

<sup>(1)</sup> L'article 20 de la loi relative aux marchés publics.

Cet appel d'offres peut être ouvert à toute personne intéressée ou restreint à un certain nombre de candidats. La passation des marchés publics par le mode de gré à gré ou marché par entente directe, constitue une exception à la règle. Il faut noter que le gré à gré est lié à un nombre de conditions légales et doit être autorisé par la Direction du contrôle des marchés publics sur une demande d'autorisation de recours à ce mode, laquelle demande doit décrire les motifs qui la justifient<sup>(2)</sup>.

Il faut noter que le législateur congolais, dans la passation de certains marchés publics, a mis en place un autre mode de conclusion des marchés pour des raisons d'ordre sécuritaire ou stratégique. Il s'agit des marchés spéciaux consignés aux articles 44, 45 et 46 de la loi relative aux marchés publics. Ces marchés ne répondent pas, pour tout ou partie, aux dispositions relatives aux marchés par appel d'offres ou aux marchés de gré à gré et ils comprennent les marchés relatifs à la défense nationale, à la sécurité et aux intérêts stratégiques de l'Etat congolais (article 44). Contrairement aux autres marchés qui peuvent être conclus par n'importe quelle autorité contractante, les marchés spéciaux sont conclus au moyen d'un décret du Premier ministre délibéré en conseil des ministres (articles 45).

## **I. De la séparation des fonctions et des organes dans le processus de marchés publics et de ses problèmes d'application.**

La séparation des pouvoirs dans l'organisation et le fonctionnement de l'Etat au sens large constitue l'une des caractéristiques fondamentales d'un Etat démocratique et d'un Etat de droit. Un Etat où les organes ou institutions sont séparés techniquement mais appelés à collaborer pour la satisfaction de l'intérêt général qui est la mission ultime de l'Etat moderne. Dans l'organisation horizontale de l'Etat se trouvent à la tête trois pouvoirs dont le législatif, l'exécutif et le judiciaire ou le juridictionnel. Chacun doit fonctionner de manière autonome et doit être exercé par des organes distincts et des individus distincts avec des fonctions distinctes. C'est ainsi qu'il y a dans un Etat donné comme la RD. Congo le pouvoir législatif dont l'organe est le parlement composé des députés et des sénateurs au cas où ce dernier est bicaméral, le pouvoir exécutif dont les organes sont le Président de la République ou chef de l'Etat et le gouvernement composé des ministres dans le cas où cet exécutif est bicéphale, et le pouvoir judiciaire dont les organes sont les cours et tribunaux animés par les magistrats. C'est ce que Montesquieu déclare : « il existe trois pouvoirs séparés : le législatif qui fait les lois, l'exécutif qui les applique de manière générale et le judiciaire qui les applique de manière particulière ». <sup>(2)</sup> Le même schéma de séparation des pouvoirs et des fonctions existe désormais dans le processus de passation des marchés publics en Droit public congolais. Disons que pour être valables juridiquement la passation des marchés publics doit scrupuleusement respecter les règles de procédure et surtout passer par différents organes institués par le législateur congolais et cela en vertu du principe de transparence. Il s'agit des organes de gestion et passation, de contrôle a priori des procédures de marchés, de contrôle a priori et régulation, et d'approbation enfin.

Ces organes sont institués et investis des pouvoirs distincts les uns des autres par la loi relative aux marchés publics en ses articles 13 à 15. Et l'article 16 de la loi citée interdit : « l'exercice cumulé par une même personne ou un même organisme des fonctions ci-avant est strictement prohibé. Il en porte nullité des actes pris en violation de cette disposition sans préjudice des sanctions qui pourront être prononcées à l'encontre du contrevenant ».

### **II.1. De la fonction de gestion-passation et de l'institution de l'autorité contractante et de la cellule de gestion**

La fonction de gestion et de passation est celle qui consiste en des opérations ci-après : l'identification et l'étude des projets, la définition préalable des besoins, l'intégration dans le cadre de la planification budgétaire et le choix des procédures de passation des marchés<sup>(1)</sup>. Rappelons que l'autorité est toute personne morale de Droit public ou personne morale de droit privé ou son délégué, chargée de définir les projets publics du secteur sous sa

---

<sup>(2)</sup> Lire les articles 41,42 et 43 de la loi pour comprendre les conditions de recours au mode de gré à gré.

<sup>(2)</sup> LOUIS FAVOREU et Alli, *Droit constitutionnel*, 21 édition. Dalloz, 2019, Paris, 418.

<sup>(1)</sup> KABEYA MUANA KALALA G. *Passation des marchés publics*, Tome I, Ed. Batena, août 2012, Kinshasa, pp 86 à 89.

responsabilité, de les préparer et d'en planifier la réalisation suivant la procédure d'attribution des marchés publics, d'en suivre et d'en contrôler l'exécution (article 5 LRMP).

*L'autorité contractante* est représentée physiquement par une personne appelée : « *personne responsable des marchés* » qui peut être le cas échéant, le Premier ministre, le ministre, le gouverneur de province, le Recteur d'une Université officielle... lorsque les marchés sont conclus dans leurs secteurs respectifs. Comme il s'agit d'une personne morale sans corps physique, le législateur a institué un service technique susceptible de gérer les projets et les marchés en cours, conclus ou en cours d'exécution. Il s'agit de la *Cellule de gestion des projets et des marchés publics* mise en place par le Décret n°10/32 du 28 décembre 2010 portant création organisation et fonctionnement de la cellule de gestion des projets et des marchés publics. Cette cellule est placée sous l'autorité de la personne responsable des projets et des marchés publics<sup>(2)</sup>.

La cellule est chargée de la conduite de l'ensemble de la procédure de gestion des projets et de passation des marchés publics (article 2 du Décret). Cela étant, chaque service public personnalisé respectueux des valeurs légales et soucieux de faire exécuter des travaux, d'acquérir des fournitures de tout genre ou de réaliser des services ou des prestations intellectuelles, devrait impérativement avoir en son sein une cellule de gestion des projets et des marchés publics pour mener à bien la réalisation de ses missions. Ne pas vouloir avoir cette cellule serait synonyme de ne pas vouloir exister ou ne pas vouloir fonctionner juridiquement parlant.

Cependant, quatorze ans après la réforme de la législation des marchés publics en RD. Congo, le constat est que certains services publics personnalisés continuent à exécuter des travaux, à faire des achats, des fournitures et à obtenir des services en dehors de toute réglementation en la matière. Nous avons à titre d'exemples les universités officielles et instituts supérieurs du secteur public qui ne disposent pas de cellules de gestion des projets et des marchés publics, mais qui construisent, qui achètent et obtiennent des services. La grande interrogation demeure, celle de la légalité et de la validité de ces actes posés dans le cadre de marchés publics. Admettons-le, il s'agit de mauvaises pratiques et les actes qui en découlent sont jugés non conformes à la loi et aux règlements, et peuvent entraîner tôt ou tard des conséquences fâcheuses juridiquement et rattraper ceux qui les auraient pris.

## **II.2. De la fonction de contrôle a priori des marchés et de l'institution de la Direction générale du contrôle des marchés publics**

La fonction de contrôle a priori des marchés publics est celle assurée par la Direction du contrôle des marchés publics. Ce contrôle porte, au regard de l'article 13, alinéa 2 de la loi relative aux marchés publics, sur le respect par les autorités contractantes des procédures de passation des marchés. Il s'effectue au moyen des avis de non objection, des autorisations et dérogations nécessaires. En pratique, lorsque les marchés sont planifiés et projetés pour leur passation au moyen du lancement du dossier d'appel d'offres ou de tous les autres actes nécessaires, il est fait obligation impérative aux autorités contractantes via les personnes responsables des marchés et leurs cellules, de communiquer étape après étape tous les actes de procédure de marchés publics à la Direction du contrôle de marchés publics ( nationale ou provinciale) pour obtenir d'elle avis de non objection, autorisation ou dérogation et ce, après vérification de la conformité desdits actes à la loi. S'ils s'avèrent non conformes à la loi et / ou aux règlements, la Direction de contrôle à priori sera en droit de refuser de donner les avis de non objection, les autorisations, et les dérogations demandés par l'autorité contractante, bien-sûr en justifiant les motifs du refus et en donnant les recommandations pour des éventuelles corrections et adaptations.

Le Décret n°10/27 du 28 juin 2010 portant création, organisation et fonctionnement de la Direction générale du contrôle des marchés publics stipule à son article 3 que : « la Direction générale du contrôle des marchés publics est chargée de contrôler a priori la procédure de passation des marchés publics d'un montant supérieur à un seuil fixé par voie réglementaire conformément aux articles 15 et 16 du Décret n°10/22 du 02 juin 2010 portant Manuel de procédures de la loi relative aux marchés publics. A ce titre, la direction est chargée notamment de :

---

<sup>(2)</sup> Lire l'article 1<sup>er</sup> du Décret portant création, organisation et fonctionnement de la cellule invoquée dans le texte.

- Emettre un avis de non objection sur les projets de dossiers d'appel à la concurrence, notamment les dossiers de pré-qualification et de présélection, les dossiers d'appel d'offres et les demandes de proposition, avant le lancement de l'appel à la concurrence et la publication correspondante ainsi que sur leurs modifications éventuelles ;
- Accorder les dérogations et autorisations nécessaires à la demande des autorités contractantes lorsqu'elles sont prévues par la loi relative aux marchés publics ;
- Emettre un avis de non objection sur le rapport d'analyse des offres et propositions ainsi que sur le procès-verbal d'attribution provisoire de marchés, élaborés par la commission de passation des marchés ;
- Procéder à un examen juridique et technique du projet de marché avant d'émettre son avis de non objection et au besoin, adresser à l'autorité contractante toute demande d'éclaircissement ou de modification, afin de garantir la conformité du marché avec le dossier d'appel d'offres et la réglementation en vigueur.
- Emettre un avis de non objection sur les projets d'avenant (...).

En bref, la Direction du contrôle a priori est considérée comme l'organe de la loi à l'instar de l'officier du ministère public devant une juridiction. Elle a le pouvoir de filtrer tous les actes de procédure des marchés pris par les autorités contractantes en vue de garantir leur conformité à la législation en vigueur sur les marchés publics avant que ces actes ne soient exécutoires et continuent leur bonhomme de chemin. Si des anomalies ou irrégularités sont constatées dans les actes de procédure de marchés venant des autorités contractantes, la direction de contrôle a priori est en droit de rappeler ces dernières à l'ordre, et par conséquent, refuser de donner l'avis de non objection, l'autorisation ou la dérogation demandés. Dans ce cas, l'autorité contractante se verra bloquée, à moins de corriger les irrégularités dénoncées.

## **2. De la fonction de contrôle a posteriori et de régulation des marchés publics et de l'institution de l'autorité de régulation des marchés publics, « ARMP »**

La loi relative aux marchés publics, à son article 14, stipule que : « la régulation des marchés est assurée par une institution chargée notamment du contrôle a posteriori des marchés publics et de délégations de service public, de l'audit, de la formation et de renforcement de capacités ». Au regard de cette disposition, l'ARMP joue plusieurs rôles dans la passation de marchés publics : le rôle de contrôleur, le rôle d'auditeur, le rôle de formateur et de renforceur des capacités et le rôle de régulateur. L'ARMP est un établissement public à caractère administratif doté de la personnalité juridique<sup>(1)</sup>. Le Décret n° 10/21 du 02 juin 2010 portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics, confie à cette dernière la mission d'assurer, en RD. Congo, la régulation du système de passation des marchés publics et des conventions de délégation de service public (article 4 du décret). En pratique, l'ARMP est chargée entre autres :

1. D'émettre des avis conformes, propositions ou recommandations dans le cadre de la définition des politiques, de l'élaboration ou de la mise à jour de la législation en matière des marchés publics et de délégations de service public ;
  1. D'examiner les recours précontractuels et procéder au règlement non juridictionnel des litiges survenus à l'occasion de passation des marchés publics ;
  2. D'assurer, par des audits indépendants, le contrôle a posteriori des procédures de passation des marchés publics et prendre, le cas échéant, des sanctions à l'endroit des violations avérées de la réglementation en la matière ;
  3. De procéder à des missions de suivi et évaluation périodique en tenant compte des indicateurs de performance en matière de passation, de contrôle et d'exécution des marchés publics...<sup>(2)</sup>

L'ARMP est une instance administrative qui s'occupe non seulement du contrôle a posteriori des marchés publics, mais aussi des recours hiérarchiques venant des soumissionnaires et autres personnes dans le cadre du règlement

---

<sup>(1)</sup> KABEYA MUANA KALALA, *Op. cit.*, p. 77.

<sup>(2)</sup> Lire à ce propos les articles 4 à 10 du décret créant l'ARMP du 02 juin 2010 en vue de mieux comprendre les missions et les attributions de l'autorité de régulation des marchés publics en R.D. Congo.

des litiges occasionnés par la passation ou l'exécution des marchés. A ce titre, l'ARMP peut, à travers son *Comité de règlement des différends*, statuer sur les irrégularités et violations des réglementations constatées, ordonner toute mesure conservatoire, corrective, ou suspensive de l'exécution de la procédure de passation, l'attribution définitive du marché étant suspendue jusqu'au prononcé de la décision de la commission ; rendre des avis dans le cadre de la procédure de règlement des litiges relatifs à l'exécution des marchés publics. Il sied de noter que les décisions de la commission des litiges, au sein du Comité de règlement des différends, sont exécutoires et ont force contraignante pour les parties. Ces décisions sont définitives, sauf en cas de recours devant les juridictions compétentes<sup>(1)</sup>.

#### II. 4. De la fonction d'approbation des marchés et de l'institution de l'autorité approbatrice

L'approbation, selon le vocabulaire juridique<sup>(2)</sup>, est un consentement donné par une autorité supérieure conférant plein effet à l'acte émané d'une autorité soumise à son contrôle. Dans le cadre de passation des marchés publics en RD. Congo, il est écrit à l'article 15 de la loi relative aux marchés publics que : « les contrats des marchés publics et de délégations de service public sont approuvés par une autorité compétente selon les modalités fixées par le décret du premier ministre délibéré en conseil des ministres. Un marché public ou une délégation de service public n'a d'effets que s'il est approuvé.

Kabeya Muana Kalala écrit que « l'approbation est l'acte par lequel l'autorité compétente valide la décision d'attribution du marché ou de la délégation de service public prise par l'autorité contractante postérieurement à l'avis de la Direction générale du contrôle des marchés publics ». En réalité, l'approbation d'un marché a pour effet de valider le marché et de lui conférer le caractère définitif, exécutoire et exigible<sup>(3)</sup>. C'est un acte qui met un terme à la passation du contrat et donne lieu à l'étape de l'exécution du contrat de marché. De ce qui précède, aucun marché ne peut être exécuté sans que l'autorité compétente désignée n'en ait accordé expressément l'approbation.

En Droit public congolais, l'approbation des marchés publics est l'œuvre d'un certain nombre d'autorités compétentes selon qu'il s'agit des marchés passés par le pouvoir central, par les établissements et entreprises publics, par les provinces, les entités territoriales décentralisées ou les services publics provinciaux. Il faut noter que l'autorité compétente d'approbation n'est pas obligée de valider le contrat de marché. Il peut refuser d'approuver s'il s'avère que le contrat ou l'attribution du marché contient des irrégularités qui nécessitent correction de par la loi et / ou les règlements. C'est ce que confirme Néhémie Mwilanya lorsqu'il dit : « l'autorité approbatrice peut ou ne pas accorder l'approbation sollicitée, par une décision motivée ».<sup>(1)</sup>

La question préoccupante pour beaucoup de personnes est celle de savoir : quelle est cette autorité compétente pour approuver les marchés publics en Droit congolais ?

A cette question, il faut retenir que le Décret n°10/33 du 28 décembre 2010 fixant les modalités d'approbation des marchés publics et des délégations de service public à son article 7 donne la liste des autorités compétentes pour l'approbation des marchés publics. Il s'agit du Premier ministre, du ministre du budget et du ministre de tutelle. Une autre catégorie d'autorités approbatrices est déterminée par les édits provinciaux dans le cadre des marchés d'intérêt provincial et local. Ainsi,

1. Le Premier ministre est compétent pour approuver tous les marchés conclus à l'issue des appels d'offres internationaux et les marchés conclus par le Ministre ayant le budget dans ses attributions. (Article 19, Décret du 28/12/2010 fixant les seuils de passation, de contrôle et d'approbation des marchés publics) ;

---

<sup>(1)</sup> Lire les articles 49 à 55 du décret n°10/21 du 02 juin 2010 créant l'ARMP en vue de saisir l'essentiel quant au règlement des différends dans la passation des marchés publics.

<sup>(2)</sup> Gérard CORNU, *Op.cit.*, p.77.

<sup>(3)</sup> KABEYA MUANA KALALA G, *op.cit.*, p.75.

<sup>(1)</sup> MWILANYA WILONDJA. *Le droit Congolais des marchés publics*, l'Harmattan RD Congo, Paris, p.75.

2. Le Ministre du budget est compétent pour approuver les marchés conclus à l'issue des appels d'offres nationaux par les ministres et le Premier ministre ;
3. Les Ministres de tutelle sont compétents pour approuver les marchés conclus par les services, entreprises et établissements publics placés sous leur tutelle<sup>(2)</sup>

Au niveau provincial et local les autorités compétentes pour approuver les contrats des marchés publics sont selon le cas :

1. Le Gouverneur de province pour approuver tous les marchés conclus par le ministre provincial du budget ;
2. Le Ministre provincial du budget pour approuver les marchés conclus par le gouverneur de province, les ministres provinciaux, les services publics provinciaux, et les entités territoriales décentralisées<sup>(3)</sup>.

En outre, lorsque les litiges occasionnés par la passation des marchés publics ne sont pas réglés par les organes de marchés publics institués en RD Congo, chacun en ce qui le concerne (l'autorité contractante, la direction du contrôle a priori, l'autorité de régulation des marchés publics et les autorités approbatrices), les litiges sont amenés devant les juridictions administratives compétentes.

## **II. Des recommandations pour la conclusion régulière des marchés publics à l'égard des services publics congolais**

Le législateur congolais des marchés publics, en édictant de nouvelles règles fondamentales pour la préparation, la passation, l'exécution et le contrôle des marchés publics, cherche à répondre aux exigences de transparence, de rationalité et d'efficacité qui caractérisent aujourd'hui ce secteur combien vital pour le développement des Etats à travers le monde. En vue d'atteindre cet objectif ultime, le législateur congolais affirme, à travers l'exposé des motifs de la loi relative aux marchés publics de 2010, le principe de séparation ou de distinction des fonctions de gestion, de passation, de contrôle, de régulation et d'approbation en instituant pour chaque fonction un organe ou service correspondant aux fins d'éviter le cumul des fonctions par un seul service, lequel cumul a été à la base de l'inefficacité des marchés conclus et de la mauvaise qualité des travaux exécutés etc. <sup>(1)</sup>

Comme recommandations pour arriver à matérialiser la lettre et l'esprit du législateur congolais en cette matière, les divers services publics de l'Etat congolais sont dans l'obligation d'observer certaines exigences qui sont les suivantes :

### **- De l'obligation de créer une cellule de gestion des projets et des marchés publics.**

L'autorité contractante, au regard de la loi relative aux marchés publics, en ses articles 1er et 2, est connue et mieux identifiée, à savoir l'Etat, les provinces, les entités territoriales décentralisées, les entreprises publiques, les établissements publics et certaines personnes morales de droit privé bénéficiant du financement ou de la garantie des personnes morales de Droit public ou agissant en leur nom et pour leur compte. Alors, l'obligation pour ces différentes autorités contractantes reste de créer chacune sa cellule de gestion des projets et des marchés dont le modèle d'organisation et de fonctionnement est déjà prédéfini par le Décret n°10/32 du 28 décembre 2010 portant création, organisation et fonctionnement de la cellule de gestion des projets et des marchés publics en RD Congo. Tout service public congolais qui veut rester dans la légalité, en ce qui concerne les marchés publics, doit impérativement disposer de sa propre cellule de gestion constituée conformément aux prescrits légaux et réglementaires en vigueur en RD Congo. Car faire le contraire c'est s'exposer à la rigueur de la loi.

---

<sup>(2)</sup> Lire l'article 19 du Décret n°10/34 du 28 /12/2010 fixant les seuils de passation, de contrôle et d'approbation des marchés publics.

<sup>(3)</sup> Lire l'article 30 de l'Edit n°003 du 09 janvier 2013 relatif aux marchés publics d'intérêt provincial et local du Kasai Oriental.

<sup>(1)</sup> Lire l'exposé des motifs de la loi relative aux marchés publics de 2010 où l'on spécifie les différentes fonctions, dans la passation des marchés publics, qui doivent être strictement séparées

- **De l'obligation d'organiser des formations approfondies sur les procédures de passation des marchés publics et la gestion des finances publiques.**

La formation en marchés publics est d'une grande importance d'autant plus que même les juristes de formation, tous n'ont pas été formés en matière des marchés publics. Alors, les gestionnaires, les cadres et les agents des services publics surtout ceux des services publics personnalisés, sont obligés d'être formés pour être à la page et être en mesure de comprendre tout le processus de passation des marchés publics. En Droit public congolais, la charge de former et de renforcer les capacités des cadres des services publics et des autres intervenants en marchés publics, repose sur la tête de l'Autorité de régulation des marchés publics qui est un établissement public. C'est ce que confirme le Décret n° 10/21 du 02 Juin 2010 portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics, « ARMP », en sigle, l'article 10 dudit décret dispose : « au titre de la formation et du renforcement des capacités des acteurs des marchés publics, l'ARMP est chargée de programmer et d'organiser la formation initiale et continue des acteurs du système de passation des marchés publics et délégations de service public en se mettant en relation avec les centres ou écoles de formation mis en place, au niveau national, sous-régional ou international, spécialisés dans le domaine de la pratique des marchés publics et délégations de service public ». En définitive, il va de l'intérêt de chaque service public spécialisé et de chaque cadre de l'Administration publique, de se faire former et de s'approprier les atouts de la loi et les règlements de marchés publics.

- **De la nécessité de communiquer et publier tous les actes des procédures à travers les différents organes des marchés publics**

Au nom des principes de publicité et de transparence qui sont parmi les principes fondamentaux dans la passation des marchés publics, tous les actes des marchés publics sont communicables entre les organes exerçant différentes fonctions spécifiques (autorité contractante-cellule de gestion, direction de contrôle des marchés publics et autorité compétente approbatrice) d'un côté, et de l'autre côté, le législateur congolais rend obligatoire la publicité, sauf quelques exceptions près, de tous les actes de marchés en utilisant les supports disponibles (presse écrite, presse audio-visuelle, internet, réseaux sociaux, affichage) sans oublier le site internet de l'ARMP qui est sensé procéder à la collecte et à la centralisation de toute la documentation et toutes les données pertinentes relatives à l'attribution, à l'exécution et au contrôle des marchés publics, en vue de la constitution d'une banque de données dont elle assure la tenue, ainsi que la conservation par ce système d'archivage adéquat (1). C'est ce que l'article 34 in fine de LRMP dispose en déclarant que l'absence de publicité entraîne la nullité de la procédure ». Cette publicité peut se faire par la presse nationale et / ou internationale et sous mode électronique.

Le Manuel de procédures de la loi relative aux marchés publics, à son article 83 renforce des mesures en rapport avec les publicités des actes de marchés en insistant sur le respect des délais de publicité. Cet article in fine dispose : « les divers avis sont préparés par la cellule de gestion des marchés publics de l'autorité contractante approuvée par la personne responsable des marchés publics et publiés par l'autorité de régulation des marchés publics après l'obtention, selon les seuils, de l'avis de non objection de la Direction générale du contrôle des marchés publics ». Cette disposition donne toute la procédure qui traduit la communicabilité et la publicité des actes de marchés publics.

- **De la nécessité d'appliquer les sanctions administratives et pénales à l'égard des agents et des services publics récalcitrants.**

Parmi les causes de l'inefficacité du rendement du système administratif congolais se trouvent au premier plan l'impunité et le laisser-aller. Les agents publics appelés à gérer les services publics et à manipuler les fonds publics en vue de la satisfaction de l'intérêt public se compromettent plutôt dans les dérives de tout genre et mettent leur propre intérêt avant celui de la collectivité pour laquelle ils sont censés œuvrer. Dans l'administration des marchés publics, il se constate plusieurs comportements subversifs et peu recommandables car attentatoires à la probité morale.

L'on a assisté à des procès publics télévisés à travers toute la République démocratique du Congo mettant en cause des cadres et agents de services publics dans la ville de Kinshasa, procès de 100 jours où l'on a dénoncé les détournements des milliers de dollars américains, destinés à l'exécution de différents travaux publics, différents services voire différentes fournitures. Ces procès dits de 100 jours ne sont que, comme on peut le dire, une goutte d'eau dans la mer, c'est – à –dire, un cas de malversations des fonds publics parmi tant d'autres constituant ainsi le chiffre noir.

Alors il y a lieu de mettre sur pieds ou de réveiller les mécanismes de contrôle de la gestion des finances publiques (administratif, technique et juridictionnel), afin de sanctionner positivement et négativement tous les services et agents qui se complaisent dans les antivaleurs en manquant à leur devoir de probité. A ce sujet, la loi relative aux marchés publics de 2010, dans ses articles 77 à 81, a érigé certains comportements en infractions et a prévu pour ces comportements des sanctions sévères spécialement appliquées aux coupables ou auteurs et ce, par rapport au régime pénal ordinaire.

Ainsi, parmi les infractions qui peuvent être commises à l'occasion de la passation des marchés publics, l'on a le conflit d'intérêts, le délit d'initié et la prise illégale d'intérêts prévues à l'article 78. Notons que ces infractions ainsi que celles relevant du code pénal ordinaire sont punies du double de la servitude pénale prévue pour ces infractions et l'amende est portée à un montant ne dépassant pas 50.000.000 de francs congolais (article 77). En outre, des sanctions administratives peuvent être prises à l'encontre des personnes (entrepreneur, fournisseur et prestataires des services) qui auront commis un acte d'improbité dans la passation ou dans l'exécution des marchés publics. Ces sanctions sont soit l'exclusion temporaire de la commande publique, soit le retrait de l'agrément et/ou du certificat de qualification (articles 80 et 81 de la loi relative aux marchés publics).

- **De la nécessité d'interdire l'exécution des travaux en régie ou l'auto-construction.**

Les travaux en régie, comme l'explique le Professeur Néhémie Mwilanya Wilondja<sup>(1)</sup>, sont des dépenses en régie effectuées en marge de toutes procédures de passation des marchés publics. Il donne l'exemple des marchés passés par l'Office des Routes et l'Office des Voiries et Drainage, pour un montant de 6.414,675 USD. Il n'y a pas eu de justificatifs fournis aux auditeurs. Par régie, il faut entendre la gestion directe d'un service public par la collectivité publique dont il dépend. Alors les travaux en régie signifient que les services publics utilisent leurs agents ou personnel pour exécuter en interne les travaux. C'est de l'auto-construction que le Ministre de l'Enseignement Supérieur et Universitaire interdit aux chefs d'établissements des universités et instituts supérieurs du secteur public, dans son Instruction académique 019 de l'année académique 2017 – 2018 lorsqu'il dit : « l'effort de construction a été institué afin d'aider les établissements à se doter des infrastructures essentielles et à réhabiliter celles qui sont amorties ou délabrées.

Toutefois, il est fait constat dans plusieurs établissements de l'ESU que certains Comités de gestion, voire certaines autorités décanales, construisent sur leurs sites de nouvelles infrastructures académiques en recourant, d'une part, à l'auto – construction, et d'autre part, aux prêts bancaires utilisés à d'autres fins, si bien que certaines constructions entamées ne s'achèvent pas ou présentent des désagréments divers. Ces pratiques sont interdites ».

---

<sup>(1)</sup> MWILANYA WILONDAJA N., *Op.cit.*, pp.129 et 130

## CONCLUSION

L'objectif de cette étude a été celui de mettre au clair la séparation ou la spécialisation des organes et des fonctions dans l'administration des marchés publics en République Démocratique du Congo pour plus d'efficacité dans la réalisation de la mission d'intérêt général. A ce propos, le Professeur Jean – Claude Fidèle Mfuamba Lobo Muenga, voulant expliciter la théorie de la crise des services publics congolais, affirmait « *qu'il y a crise lorsqu'il y a des besoins publics à satisfaire mais les services pour leur satisfaction n'existent pas, ou la satisfaction est insuffisante ou lorsque le service fonctionne mal.* », il y a crise dans l'opérationnalisation du système des marchés publics et dans la gestion des finances publiques lorsque le principe de séparation des organes et des fonctions n'est pas observé par les animateurs des services publics. Car, la cacophonie est entretenue, le court-circuitage encouragé et au finish, l'intérêt public est bafoué ou mal servi. Au final, pour mettre le train des marchés publics en marche en RD Congo, il y a lieu de savoir que ce train ne peut bien tourner que dans la mesure où tous les organes des marchés publics chacun jouant son rôle, collaborent dans le respect de la loi et les règlements, au sein des services publics congolais.

## BIBLIOGRAPHIE

### I. Textes légaux et règlementaires

- Loi n°10/010 du 27 Avril 2010 relative aux marchés publics, J.O de la RDC, n° spécial du 30 Avril 2010 ;
- Décret – loi n°017/2002 du 03 octobre 2002 portant code de conduite de l'Agent public de l'Etat.
- Décret n°10/21 du 02 juin 2010 portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics, J.O. de la RDC, n° spécial du 14/01/2012 ;
- Décret n°10/27 du 28 juin 2010 portant création, organisation et fonctionnement de la Direction générale du contrôle des marchés publics, J.O de la RDC n° spécial du 14/01/2012 ;
- Décret n°10/ 32 du 28/12/2010 portant création, organisation et fonctionnement de la cellule de gestion des projets et des marchés publics, J.O.de la RDC, n° spécial du 14/01/2012 ;
- Décret n°10/34 du 28/12/2010 fixant les seuils de passation de contrôle et d'approbation des marchés publics, J.O de la RDC n° spécial du 14/01/2012 ;
- Décret n°23/12 du 03 Mars 2023 portant Manuel de procédures des marchés publics, J.O de la RDC, n° spécial du 07/03/2023 ;
- Instruction académique n°019/ MINESU /CAB.MIN/SMM/BLB/2017 du 30 septembre 2017 à l'intention des chefs d'établissements de l'ESU, septembre 2017.
- Edit n°003 du 09 janvier 2013 relatif aux marchés publics d'intérêt provincial et local du Kasai Oriental.

### II. OUVRAGES

- CORNU Gérard, *Vocabulaire Juridique*, Paris, PUF, 2014 ;
- ESAMBO KANGASHE J-L, *Le Droit congolais de marchés publics*, Paris, Ed. l'Harmattan, 2016 ;
- FAVOREU Louis et Allii, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2019 ;
- GRELIER WYCKOFF Patricia, *Le mémento des marchés publics de travaux*, Paris, Eyrolles, 2008 ;
- KABEYA MUANA KALALA G. *Passation des marchés publics*, Tome I, Kinshasa, Ed. Batena NTAMBWA, août 2012 ;
- MFUAMBA LOBO MUENGA J-C-F, *Leçons de droit administratif général, légalité et responsabilité*, Kinshasa, Editions universitaires africaines, 2018 ;
- MFUAMBA LOBO MUENGA JC-F *Leçons des grands services et entreprises publics en droit des services publics Congolais*, Kinshasa, Editions universitaires africaines, 2018 ;
- MWILANYA WILONDJA N., *Le Droit congolais des marchés publics*, Paris, l'Harmattan RD Congo, 2016.