

DECISION N°2023-L0360/ARCOP/ORD

sur recours de GENERAL MICRO SYSTEM (lot 06), de EKL (lot 01), du Groupement d'entreprise YIENTELLA SARL & TILM SAS (lot 03), de LORYNE SA (lots 03 et 05) et de IT PROJET (lot 06) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres international n°2022-22-008/MEMC/SG/DMP pour l'acquisition d'équipements techniques, informatiques, bureautiques et logiciels au profit des structures du volet mines du Projet d'appui au renforcement de la gestion du foncier et des mines (PARGFM).

**L'ORGANE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS
STATUANT EN MATIERE DE LITIGE :**

- Vu** *la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique ;*
- Vu** *le décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;*
- Vu** *le décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public, ensemble ses modificatifs ;*
- Vu** *le décret n°2017-0051/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;*
- Sur** *recours par lettres en date du 18 juillet 2023 de GENERAL MICRO SYSTEM, EKL, Groupement d'entreprise YIENTELLA SARL & TILM SAS, LORYNE SA et IT PROJET contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

présidé par Madame Ida OUEDRAOGO/PARE, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Monsieur Roger MILLOGO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Jean Urbain KORSAGA, membre de l'ORD ;
- Monsieur B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants, Messieurs Douari TANKOANO et Moumounou GNESSIEN, représentant GENERAL MICRO SYSTEM ;
- Monsieur Saïdou OUEDRAOGO, représentant EKL ;

- Messieurs Armand KERE et Paul LANKOANDE, représentant le Groupement d'entreprises YIENTELLA SARL & TILM SAS ;
- Monsieur Faouzi MAIGA, représentant LORYNE SA ;
- Messieurs Macaire ZONGO et Saïdou OUEDRAOGO, représentant IT PROJET ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Souleymane OUEDRAOGO et Amidou SAWADOOGO, représentant le Ministère de l'énergie, des mines et des carrières (MEMC) ;
- l'attributaire provisoire, la SOCIETE GENERALE DU KADIOGO, ne s'est pas fait représenter en dépit du fait qu'il ait été régulièrement convié ;

rend la présente décision fondée sur la régularité du recours, les faits et moyens exposés ci-après ;

EN LA FORME :

sur la compétence,

considérant que l'appel d'offres sus visé reste soumis aux dispositions du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public ;

considérant qu'aux termes de l'article 24 du décret n°2017-0050 ci-dessus visé, l'ORD est compétent en matière de litige dans la phase de passation de la commande publique ;

considérant que les recours concernent la contestation des résultats provisoires de l'appel d'offres international n°2022-22-008/MEMC/SG/DMP pour l'acquisition d'équipements techniques, informatiques, bureautiques et logiciels au profit des structures du volet mines du PARGFM ;

qu'il y a lieu de dire que l'ORD est compétent pour en connaître ;

sur la recevabilité,

considérant qu'aux termes de l'article 26 de la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique susvisée « Les délais de passation, de contrôle et de règlement de différends relatifs aux commandes publiques sont fixés comme suit :

- (...);
- pour le recours des candidats et soumissionnaires auprès de l'autorité contractante ou devant l'instance de recours non juridictionnel, selon qu'ils exercent un recours préalable devant l'autorité contractante qui est facultatif ou un recours, directement devant l'instance de recours non juridictionnel: deux jours ouvrables à compter du lendemain de la publication de l'avis d'appel à concurrence ou des résultats des travaux de la commission d'attribution des marchés ou de la réception de la lettre d'invitation selon le cas ;

En cas d'exercice de recours préalable devant l'autorité contractante, celle-ci répond aux candidats ou soumissionnaires requérants dans les deux jours ouvrables à compter de sa saisine ;

Lorsque la réponse de l'autorité contractante est insatisfaisante ou lorsqu'elle ne répond pas dans le délai qui lui est imparti, les candidats ou soumissionnaires disposent de deux jours ouvrables à compter de l'échéance du délai imparti à l'autorité contractante, pour saisir l'instance de recours non juridictionnel ;

considérant que les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°3661 du vendredi 14 juillet 2023, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au mardi 18 juillet 2023 ; que les requérants ont tous saisi l'ORD par lettre en date du 18 juillet 2023 ; que, par ailleurs, les recours sont conformes aux autres conditions de recevabilité prévues à l'article 28 du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

que, dès lors, il convient de les déclarer recevables ;

AU FOND :

sur les faits,

le Ministère de l'énergie, des mines et des carrières (MEMC) a lancé l'appel d'offres international n°2022-22-008/MEMC/SG/DMP pour l'acquisition d'équipements techniques, informatiques, bureautiques et logiciels au profit des structures du volet mines du PARGFM ;

la Commission d'Attribution des Marchés (CAM) a déclaré que :

l'offre de GENERAL MICRO SYSTEM non conforme au motif qu'il ne satisfait pas à la post qualification pour montant de marché similaire inférieur à son offre financière (lot 06) ;

l'offre de EKL non conforme pour absence de précision sur la fréquence de base de la station proposée au lot 01 aussi bien sur ses caractéristiques proposées que sur son prospectus étant donné qu'un processeur de moins de 3 GHz turbo boosté à 4,8 ou n'est plus, n'est pas conforme ;

l'offre de YIENTELLA SARL & TILM SAS non conforme au motif qu'il ne satisfait pas à la post qualification car les pièces fournies pour étayer la validité des marchés similaires sont peu probantes (lot 03) ;

l'offre de LORYNE SA non conforme aux lots 03 et 05 au motif qu'il ne satisfait pas à la post qualification pour insuffisance du marchés similaires conformes ; au lot 05, particulièrement, la CAM a aussi relevé une erreur de calcul sur le montant de la TVA 8.095.500 au lieu 8.005.500 entraînant une hausse de plus de 90.000 sur le montant TTC ;

l'offre de IT PROJET non conforme au motif qu'il ne satisfait pas à la post qualification pour montant des marché similaire inférieur à son offre financière (lot 06) ;

les requérants contestent cette décision de la CAM :

GENERAL MICRO SYSTEM fait valoir que le marché similaire est un critère de capacité technique à apprécier en termes de complexité, de méthodes et techniques de réalisation et il ne s'entend pas d'un marché identique à l'objet du lot de l'appel d'offres en cause, il rappelle que les IS 3.b contenus à la page 43 du Dossier d'Appel d'Offre (DAO) ont requis des soumissionnaires « pour chacun des lots, le soumissionnaire doit prouver, documentation à l'appui, qu'il a conclu avec succès au moins deux (02) marchés au cours des cinq (5) ans, chacun d'une valeur d'au moins égale au montant de l'offre financière qui ont été conclus avec succès et qui sont de nature et de complexité similaires aux fournitures et services connexes en vertu du marché... » ; que, pour satisfaire à cette exigence, il a joint les marchés similaires suivants ainsi que les pages de garde et de signature et les procès-verbaux de réception :

- Contrat 012-2019/PNUD du 26 décembre 2019 pour l'acquisition, installation et mise en place d'un réseau sécurisé (pare-feu réseau, applicatif des serveurs, des switch et routeur) pour la publication WEB au profit du Ministère de l'économie, des finances et du Développement (MINEFID) en un lot d'un montant de 243.754.702 F CFA TTC ;

-Marché n°30/00/01/03/2020/00059 du 10 mars portant acquisition d'équipement de reprographie au profit de la Direction générale des infrastructures routières dans le cadre du projet d'aménagement de routes désenclavement interne (PARDI) d'un montant de 173.583.966 F CFA ;

-Marché n°14/00/01/01/80/2021/00024 du 21 juin 2021 portant fourniture et déploiement d'équipements pour le câblage de réseaux informatiques et électriques de dix (10) bâtiments des antennes fiscales (AF) de la Direction Générale des Impôts (DGI) de Komsilga, Koubri, Gomboussougou, Dapélogo, Samba et Kindi (lot 5) d'un montant de 115.313.211 F CFA ;

-Marché n°14/00/0101/80/2021/00023 du 21 juin 2021 portant fourniture et déploiement d'équipements pour le câblage de réseaux informatiques et électriques de neuf (9) bâtiments des antennes fiscales (AF) de la DGI de Bagassi , Fara, Kampti, Nako et n'dorila et Tiébélé et des perceptions de la Direction générale du Trésor et de la Comptabilité publique (DGTCP) de Nako, Soubaganiédougou, Loumana et Samorgouan (lot4) d'un montant de 102.690.351 F CFA TTC

-Marché n° 14/00/01/80/2021/00001 du 11 janvier 2021 portant acquisition et installation d'équipements de visioconférence et de mobiliers pour la salle de conférence de l'Ecole Nationale des Régies Financières (ENAREF) d'un montant de 44.995.197 F CFA TTC ;

-Marché n°25/00/01/02/2022/00062 du 05 septembre 2022 portant acquisition, le déploiement et la mise en service d'une solution de visioconférence au sein du Ministère du développement industriel, du commerce, de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (MDICAPME) d'un montant de 18.526.000 F CFA TTC ;

-Marché n°28/00/01/04/80/2019/00026 du 17 juin 2019 portant acquisition, équipement de visioconférence au profit du Projet Régional et d'Appui au Pastoralisme au sahel-Burkina Faso (PRASPS-BF) d'un montant de 12.91.917 F CFA ;

- Marché n°14/00/01/01/80/2022/00034 du 30 décembre 2022 pour l'acquisition, l'installation et mise en service d'équipements informatiques et visio-conférence au profit des antennes régionales et de l'Unité d'Exécution du PCRSS d'un montant de 143.230.613 F CFA TTC, pour lequel il n'a pas joint les PV de réception car était toujours en cours d'exécution au moment de la soumission de la présente procédure ;

qu'en dépit de tous ces marchés produits dans son offre la CAM l'a jugée non conforme au motif qu'elle ne satisfait pas à la post qualification pour montant de marché similaire inférieur à son offre financière et fait prévaloir que d'une part, en ce qui concerne la nature des marchés similaires, ce motif rappelle l'éternelle question de la définition des marchés similaires ; que, deuxième part, en ce qui concerne la complexité, il a été requis des soumissionnaires que chaque référence similaire ait une valeur d'au moins égale au montant de l'offre financière. À ce titre, il a joint des marchés similaires avec des montants de plus de Cent millions (100.000.000) F CFA ; qu'en définitive, tous les marchés qu'il a joints sont de la période, de nature et de complexité similaires conformément aux exigences du DAO. Que sur le fondement du principe d'économie et d'efficacité du processus d'acquisition, quel que soit la procédure et le type de marché public choisis, l'on doit avoir une utilisation rationnelle et efficace des fonds publics ; la procédure choisie doit permettre à l'autorité contractante d'obtenir les meilleures prestations au regard du rapport qualité/prix ; que l'infructuosité du lot 06 du présent appel d'offres oblige l'autorité contractante à engager une nouvelle procédure pour satisfaire les besoins du lot, ce qui empiéterait négativement sur l'exécution des autres lots et générerait des coûts supplémentaires et une perte de temps ; qu'en effet il a satisfait au critère de capacité technique à travers l'exigence de marché similaire au regard des marchés similaires produit dans son offre, la référence devant être appréciée, de manière concrète et efficace, en termes de capacité technique, de méthodes et caractéristiques de réalisation, qu'en terme de montant du contrat

quant à EKL fait valoir que le dossier, à sa page 76 au point 3, à l'item 1.5, a demandé «processeur : Intel corei7 ; 12^e génération (3.0 GHz, jusqu'à 4,8 GHz avec turbo booté, 4 cœurs) par exemple un processeur de moins de 3 GHz turbo booté à 4,8 GHz ou plus n'est pas conforme) au lieu d'exiger intel corei7 ; (12^e génération au moins) à 2,4 GHz au moins, turbo boosté jusqu'à 4,5 GHz au moins ou équivalent, (par exemple un processeur de moins de 2,4 GHz turbo boosté à 4,5 GHz n'est pas conforme) comme l'indique la réglementation ; que cette exigence de l'autorité contractante est contraire et viole l'arrêté n° 2023-0086/MEFP/CAB du 22/02/2023 portant adoption des spécifications techniques standard des équipements informatiques ; qu'il s'agit donc d'une mention nulle et de nul effet car contraire à la réglementation et la position constante de l'ORD et ne saurait être invoquée pour écarter une offre ; que, toutefois, il a satisfait aux dispositions de l'arrêté et aux spécifications techniques demandées par le DAO en proposant la station de travail Dell Précision 3470-i7-1270p. contrairement aux propositions de ses concurrents qui sont en dehors de la fourchette demandée ; que malheureusement, sur le site de DELL et les prospectus du matériel, il ne figure que la fréquence Max Turbo ;

que cependant, il a pris le soin avant la proposition de l'équipement, de vérifier la fréquence de base du processeur sur le site officiel constructeur « intel », ce qui a conforté sa position étant donné que la fréquence de base ou fréquence efficiente est égale à 3,5 GHz, supérieur à la fréquence de base demandée ;

ensuite, le Groupement d'entreprise YIENTELLA SARL & TILM SAS fait valoir que la CAM l'a invité, par correspondance, dans le but d'apporter des précisions au contenu des marchés similaires fournis ; qu'il s'est agi premièrement de la lettre n°2023_130/MEMC/SG/DMP du 24 mai 2023 portant précision des articles/items au marché similaire (N°RTB /00/01/2020/00017 pour achat de consommables spécifiques au profit de la RTB lui-même, qu'à la date du 26 juin 2023, une seconde lettre n°2023-147/MEMC/SG/DMP du 16 juin 2023 portant demande de complément d'éléments justificatifs de la conformité des marchés similaires du lot 03, l'invitait à fournir les dates et les références de son marché similaire d'une part et d'autre part pour étayer la conformité du marché similaire fourni par TILM SAS ; qu'il a apporté à la CAM des réponses avec des preuves à l'appui dans le but de confirmer la conformité des marchés similaires fournis au lot 03 ;

LORYNE SA et IT PROJET font valoir qu'en effet, un marché similaire en volume financier n'est pas un marché identique ; que c'est un marché voisin de, proche à. ; que suivant cette même position de l'ORD, si un soumissionnaire fournit un marché similaire d'au moins la moitié du volume financier de l'enveloppe, celui-ci doit être pris en compte, qu'en attestent les deux décisions :

*n°2022-L0442/ARCOP/ORD du 07 septembre 2022 ayant opposé SEAI au Ministère de la santé et de l'hygiène publique qui jugea : « que la plainte de SEAI est fondé ; que la valeur des marchés similaires fournis par le requérant atteignant 50% du budget prévisionnel doit être prise en compte ; que l'offre technique présentée n'est pas totalement une copie ; que les parties de l'offre en copie ne sont pas un motif substantiel de rejet de l'offre -d'infirmes les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°2022-0027/MSHP/SP/DMP pour les travaux de construction des murs de clôture périphérique du nouveau centre hospitalier universitaire de Bobo-Dioulasso » ;

que l'ORD à travers la décision n°2021-L0194/ARCOP/ORD du 30/04/2021 ayant opposé SIMAD SARL au MENAPLN a statué en ces termes en indiquant « que la plainte de SIMAD SARL n'est pas fondé ; qu'en considération du budget prévisionnel estimé à 200.000.000 F CFA, l'autorité contractante pouvait exiger des marchés similaires de 50% de ce montant ; qu'il se trouve que les marchés similaires du requérant n'atteignent pas ce montant – de confirmer les résultats provisoires de l'appel d'offres national n°2021-001/MENAPLN/SG/DMP pour la réalisation de vingt (20) forages positifs dans les régions du Burkina Faso dans le cadre du PAAQE ». Qu'aussi, suivant le principe d'efficacité de la commande publique il n'est ni normal ni logique qu'un lot soit déclaré infructueux en l'occurrence le lot 03 surtout qu'il y a une proposition technique hautement qualifiée pour pallier à ce besoin ;

ils sollicitent donc de l'ORD un réexamen des résultats provisoires afin de les rétablir dans leurs droits ;

sur la discussion,

considérant que l'offre du requérant a été écartée sur la base des motifs ci-dessus rappelés aux différents lots ;

considérant que le dossier d'appel d'offres a requis, pour chacun des lots, que le soumissionnaire prouve, documentation à l'appui, qu'il a conclu avec succès au moins deux (02) marchés au cours des cinq (5) ans, chacun d'une valeur d'au moins égale au montant de l'offre financière qui ont été conclus avec succès et qui sont de nature et de complexité similaires aux fournitures et services connexes en vertu du marché... » (lots 03, 05 et 06) ;

considérant que, pour le lot 01 notamment, le DAO a requis des ordinateurs portables munis d'un processeur dont la fréquence de base doit être précisée au regard des prescriptions techniques y relatives à vérifier ;

considérant que les requérants sont revenus sur leurs moyens et prétentions ci-dessus exposés ;

considérant que la CAM a noté qu'à l'origine lorsqu'elle a envoyé les différents rapports de l'évaluation pour le contrôle de la DCMEF, il n'y avait pas de lots infructueux ; que c'est suite aux observations de la DCMEF que la CAM a dû reprendre les travaux avec les quatre (04) lots finalement déclarés infructueux ; que s'agissant de la requête de EKL, la marque DELL n'étant pas le constructeur du processeur, elle a eu des difficultés à effectuer les vérifications ; que, cependant, suite au présent recours, elle a consulté le lien internet de Intel donné par le requérant et a pu se rendre compte que son processeur est conforme ;

qu'en ce qui concerne la question générale des marchés similaires, ce n'est pas la similarité des références qui a posé problème ; que c'est plutôt leur montant insuffisant par rapport aux seuils fixés par le DAO ;

que, sur le cas du Groupement d'entreprise YIENTELLA SARL & TILM SAS, la CAM a relevé qu'elle a fait vérifier l'authenticité et la similarité des marchés auprès notamment de la RTB ; que c'est la DCMEF qui a jugé que les éléments de preuves présentés n'étaient pas probants ;

qu'enfin, la CAM a rappelé qu'il s'agit d'une procédure financée par un bailleur de fonds (Banque mondiale) qui a donné son avis avant l'intervention de la DCMEF ; que cette situation complexifie la gestion de l'affaire ; qu'ainsi, la formule de l'offre anormalement basse ou élevée n'a pas été appliquée ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que la plainte de GENERAL MICRO SYSTEM (lot 06) est fondée ; qu'il a produit suffisamment de marchés similaires conformes tant sur la similarité des éléments techniques que sur le montant des contrats ; qu'il faut considérer les marchés qui atteignent au moins 50% du montant du budget prévisionnel ; qu'ainsi, la règle posée par le DAO sur le montant des marchés similaires n'est pas applicable au regard de la « jurisprudence » abondante de l'ORD sur la question ;

qu'en effet, le fait de réclamer des marchés de même montant n'est pas pertinent dans l'appréciation des références similaires ;

que la plainte de EKL (lot 01) est également fondée sur la capacité du processeur de l'ordinateur suivant les vérifications effectuées sur le site du fabricant Intel ; qu'en effet, par après, la CAM a reconnu la conformité de son processeur de telle sorte que l'offre ne peut être déclarée non conforme sur ce point ;

que, sur le cas du Groupement d'entreprise YIENTELLA SARL & TILM SAS (lot 03), le recours est fondé ; que la CAM a effectué des vérifications ; qu'aucun élément n'a été apporté pour justifier le caractère peu probant des références similaires du requérant ; qu'à défaut d'éléments tangibles, son offre ne peut être déclarée non-conforme ;

qu'enfin, les plaintes de LORYNE SA (lots 03 et 05) et de IT PROJET (lot 06) sont fondées ; qu'en effet, l'insuffisance des montants des marchés similaires n'est pas de nature à entraîner le rejet des offres tant que les marchés similaires fournis atteignent au moins 50% du budget prévisionnel de la procédure ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que toutes les cinq (05) plaintes sont fondées et d'infirmes ainsi les résultats provisoires (lots 01, 03, 05 et 06) ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les recours de GENERAL MICRO SYSTEM (lot 06), de EKL (lot 01), du Groupement d'entreprise YIENTELLA SARL & TILM SAS (lot 03), de LORYNE SA (lots 03 et 05) et de IT PROJET (lot 06) sont recevables ;

-que l'appel d'offres sus visé reste soumis aux dispositions du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1er février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

-que la plainte de GENERAL MICRO SYSTEM (lot 06) est fondée ; qu'il a produit suffisamment de marchés similaires conformes tant sur la similarité des éléments techniques que sur le montant des contrats ; qu'il faut considérer les marchés qui atteignent au moins 50% du montant du budget prévisionnel;

-que la plainte de EKL (lot 01) est fondée sur la capacité du processeur de l'ordinateur suivant les vérifications effectuées sur le site du fabricant Intel ;

-que la plainte du Groupement d'entreprise YIENTELLA SARL & TILM SAS (lot 03) est fondée ; que la CAM a effectué des vérifications ; qu'aucun élément n'a été apporté pour justifier le caractère peu probant des références similaires du requérant ; qu'à défaut d'éléments tangibles, son offre ne peut être déclarée non-conforme ;

-que les plaintes de LORYNE SA (lots 03 et 05) et de IT PROJET (lot 06) sont fondées ; qu'en effet, l'insuffisance des montants des marchés similaires n'est pas de nature à entraîner le rejet des offres tant que les marchés similaires fournis atteignent au moins 50% du budget prévisionnel de la procédure ;

-d'infirmier les résultats provisoires de l'appel d'offres international n°2022-22-008/MEMC/SG/DMP pour l'acquisition d'équipements techniques, informatiques, bureautiques et logiciels au profit des structures du volet mines du PARGFM (lots 01, 03, 05 et 06) ;

-que le Secrétaire permanent de l'Autorité de régulation de la commande publique est chargé de notifier aux parties et à la Direction générale du contrôle des marchés publics et des engagements financiers la présente décision qui sera publiée partout où besoin sera.

Ouagadougou, le 20 juillet 2023

La Présidente de séance

Ida OUEDRAOGO/PARE

Chevalier de l'ordre de l'étalon